

La retribuzione dell'avvocato nelle liti coniugali

Marco Frigerio / Paola Arnoldi*

1. Premessa
2. La retribuzione convenzionale
 - 2.1. Il mandato
 - 2.2. Particolarità del mandato
3. Il gratuito patrocinio
 - 3.1. Le base legali
 - 3.2. Le condizioni
 - 3.3. La richiesta
 - 3.4. La lite a carattere internazionale
 - 3.5. Il calcolo della retribuzione
4. La «*provisio ad litem*»
 - 4.1. Il punto di partenza
 - 4.2. La quantificazione e le modalità di versamento
 - 4.3. Aspetti processuali
 - 4.4. Conseguenze del versamento
 - 4.5. Proposte operative
5. Conclusioni

1. Premessa

In ambito di liti coniugali, la modalità di retribuzione dell'avvocato dipende dalla situazione patrimoniale delle parti.

In un contesto sociale in cui il divorzio risulta essere il disperato approdo di coppie alla deriva, l'impossibilità di assumere costi di patrocinio è circostanza tutt'altro che rara.

Il ricorso all'assistenza giudiziaria rimane un punto fermo in un numero elevato di procedimenti di divorzio e separazione. L'assistenza fornita dallo Stato costituisce un elemento atto a garantire la parità di tratta-

* Avvocati.

mento e la tutela dei diritti della parte economicamente debole davanti alle autorità giudiziarie, mediante l'anticipazione dei costi necessari per la sua difesa.

Per un'analisi globale della problematica esposta, sarà inoltre approfondita l'ipotesi ordinaria della retribuzione convenzionale e gli effetti della «*provisio ad litem*», elemento da considerare anche in contesti in cui viene richiesto il gratuito patrocinio.

2. La retribuzione convenzionale

2.1. Il mandato

Tra cliente ed avvocato viene stipulato un contratto di mandato (art. 394 segg. CO)¹. Il mandato, avendo carattere professionale, deve essere retribuito². I criteri di retribuzione vanno definiti tra le parti³.

In genere, l'avvocato propone al cliente un criterio retributivo determinato, ossia il ricorso all'onorario secondo il tempo impiegato (in funzione di una determinata tariffa oraria) oppure secondo il «valore della lite» (in funzione di una determinata percentuale)⁴.

¹ PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 2009 pag. 821, FRANCOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, 2009, pag. 1056, FRANZ WERRO in *Commentaire Romand CO I*, 2012 ad art. 394 pag. 2381 nota 40 come pure FRANZ WERRO, *Le mandat et ses effets*, 1993, pag. 246 nota 718.

² DTF 124 III 363 consid. II.5a. La convenzione di retribuzione può essere espressa o tacita; in caso di contestazione sta al mandatario provarne l'esistenza (WERRO, *Le mandat et ses effets*, pag. 245 nota 712).

³ TERCIER/FAVRE, pag. 825; BOHNET/MARTENET, pag. 1158; MARCO FRIGERIO, *La retribuzione dell'avvocato nel Cantone Ticino*, RSPC 2007, pag. 213-226; MARCO FRIGERIO, *Conseguenze dell'abrogazione materiale della tariffa dell'Ordine degli avvocati*, NRCP 2006, pag. 49-52.

⁴ Nella definizione del valore di riferimento, nell'ambito di procedimenti che prevedono anche lo scioglimento del regime matrimoniale, è sicuramente opportuno evitare di «sorprendere» il cliente con richieste di onorario calcolate in forza di valori non discussi. Il principio resta il seguente: «il valore litigioso è determinato dalla domanda» (art. 91 cpv. 1 CPC), vedi FRANCESCO TREZZINI in *Commentario CPC 2011*, pag. 371-379.

Soluzioni miste sono immaginabili⁵.

All'onorario si aggiungeranno le spese (apertura della pratica, scritturazioni, fotocopie, telefonate, mail e trasferte), nonché l'IVA.

In assenza di definizione di un criterio retributivo, l'avvocato ha diritto alla retribuzione «definita dall'uso»⁶. Nel concreto, bisogna tenere conto «della natura e dell'importanza della causa, delle difficoltà che essa presentava in fatto e in diritto, del tempo impiegato dal patrocinatore, della qualità del suo lavoro, del numero delle conferenze, delle udienze e delle istanze, del risultato e infine della responsabilità assunta»⁷.

Ci si potrebbe chiedere se la mancata definizione di un criterio retributivo non comporti la violazione di un dovere del patrocinatore che, all'«atto di accettazione del mandato», è espressamente invitato a spiegare al cliente «i principi della fatturazione», oltre che ad informare il cliente regolarmente, o su domanda di quest'ultimo, circa l'importo degli onorari dovuti (art. 12 lett. i LLCA). In effetti, l'abrogazione delle tariffe di riferimento ha imposto al legale l'obbligo di chiarire, da subito, le modalità retributive⁸.

La conseguenza della mancata definizione di tale aspetto, semplificando, potrebbe essere l'applicazione della tariffa oraria d'uso di fr. 250.-.

2.2. Particolarità del mandato

Non vi sono disposizioni di legge che impongono all'avvocato di formalizzare per iscritto l'accordo di retribuzione, quello che viene imposto è la formalizzazione della «procura», ossia dell'autorizzazione dell'avvocato a rappresentare il cliente.

⁵ Ad esempio il «*pactum de palmario*» è ammesso in dottrina FRANCOIS BOHNET, *Droit des professions judiciaires*, 2014, pag. 63 nota 58, come pure BOHNET/MARTENET, pag. 657 nota 1597.

⁶ Art. 393 cpv. 3 CO.

⁷ BOHNET/MARTENET, pag. 1173, nota 2969 e giurisprudenza citata.

⁸ FRIGERIO, RSPC 2007, pag. 220.

La procura andrà infatti prodotta in copia, al più tardi, in allegato al primo atto di causa⁹.

In caso di mancato pagamento della nota emessa o dell'acconto, l'avvocato può revocare il mandato oppure tenere in sospeso l'esecuzione della prestazione richiesta. Avendo il mandato natura di contratto sinallagmatico, l'art. 82 CO è infatti applicabile¹⁰.

L'art. 404 CO prevede la facoltà di revocare con effetto immediato il contratto di mandato¹¹. Sia l'avvocato che il cliente hanno quindi la possibilità di interrompere il contratto, in qualsiasi momento. Il cpv. 2 riserva il caso in cui una disdetta interverrebbe «intempestivamente», ossia in un momento del procedimento in cui un cambiamento dell'avvocato complicherebbe gravemente la pratica. In questo caso, chi vi procede, potrebbe essere tenuto a risarcire il danno provocato¹².

L'avvocato è invitato dalle proprie norme deontologiche a richiedere acconti, secondo lo stato di avanzamento della pratica. Applicandosi una tariffa oraria, è anche possibile che vengano emesse più note parziali con riferimento a quanto svolto sino ad una certa data.

In caso di contestazioni sulla nota dell'avvocato, la competenza – a dipendenza del valore in discussione – sarà della Giudicatura di pace o della Pretura. L'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino ha istituito un servizio di mediazione in cui un conciliatore – che non dispone di facoltà decisionale – aiuta le parti a trovare un «accordo soddisfacente»¹³.

⁹ Art. 221 cpv. 2 lett. a CPC.

¹⁰ FABIENNE HOHL in Commentaire Romand CO I ad art. 82, pag. 666 nota 5.

¹¹ È allo studio la revisione della norma al fine di permettere la conclusione di contratti di mandato di durata, vedi TERCIER/BIERI/CARRON *Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations*, in SJZ 2015, pag. 310, TERCIER/FAVRE, *Le point sur la Partie spéciale du droit des obligations*, in SJZ 2014, pag. 320 e in SJZ 2013, pag. 283.

¹² Da risarcire sarà l'«interesse negativo», vedi TERCIER/FAVRE, *Les contrats spéciaux*, pag. 798 nota 5308. Il Tribunale federale non ammette la validità di clausole istituenti pene convenzionali in un contratto di mandato di durata, se non nell'ipotesi di revoca «intempestiva»; *contra* WERRO in Commentaire Romand CO I ad art. 404, pag. 2447 nota 21.

¹³ Vedi regolamento servizio di conciliazione (aprile 2008) pubblicato in *www.oati.ch*. La procedura viene attivata mediante istanza al segretariato dell'Ordine degli avvocati. È previsto un costo forfetario di fr. 200.– da corrispondere anticipatamente.

Occorre evidenziare che in un contesto di lite tra avvocato e cliente, il patrocinatore – essendo tenuto a dimostrare il lavoro svolto (art. 8 CC) – non può essere limitato dall'obbligo del segreto professionale¹⁴. A questo proposito, si segnala la possibilità di inserire nella procura una clausola di svincolo preventivo, nel caso in cui si rendano necessarie procedure giudiziarie e/o esecutive per l'incasso della nota¹⁵. Il legale, evitando di fornire indicazioni strettamente personali relative al proprio cliente, non potrà esimersi dal produrre e dal segnalare la natura degli interventi effettuati.

3. Il gratuito patrocinio

3.1. Le base legali

L'art. 29 cpv. 3 della Costituzione federale garantisce il diritto all'assistenza giudiziaria ed il riconoscimento del gratuito patrocinio¹⁶. L'istituto è previsto anche in ambito internazionale agli art. 14 § 3 lett. d del Patto ONU II e 6 § 3 lett. c della CEDU¹⁷.

Gli art. 117-123 CPC definiscono le modalità di ricorso al gratuito patrocinio in ambito civilistico, concretizzando i principi che il Tribunale federale ha sviluppato a partire dalla norma costituzionale¹⁸.

Nel Cantone Ticino sono poi applicabili la legge sull'assistenza giudiziaria e sul patrocinio d'ufficio (LAG; RL 3.1.1.7) ed il regolamento sulla tariffa per i casi di patrocinio d'ufficio e di assistenza giudiziaria e per la fissazione delle ripetibili (RtarRip; RL 3.1.1.7.1).

¹⁴ La dottrina recente considera che la contestazione della nota implica l'autorizzazione a disattendere il segreto professionale per quanto necessario alla contestazione, vedi BOHNET/MARTENET, pag. 789 note 1935 e 1939, come pure BOHNET, pag. 74.

¹⁵ Newsletter OATi n. 3 (2012).

¹⁶ Va osservato come l'assistenza giudiziaria può essere concessa, anche solo parzialmente, ad esempio esentando il richiedente dal pagamento delle spese processuali. Il gratuito patrocinio non è pertanto necessariamente compreso, da cui la necessità di richiederlo esplicitamente (art. 119 CPC). Curiosamente il CPC utilizza unicamente il termine «gratuito patrocinio» che in realtà dovrebbe essere utilizzato per designare l'assunzione dei costi del legale e non gli altri interventi assistenziali.

¹⁷ BOHNET/MARTENET, pag. 690 nota 1677.

¹⁸ DTF 138 III 217 consid. 2.2.3.

3.2. Le condizioni

Le condizioni indicate all'art. 29 cpv. 3 Cost. per la concessione del gratuito patrocinio sono le seguenti:

- non disporre dei mezzi necessari,
- causa che non sembri priva di probabilità di successo,
- necessità della presenza di un legale.

Secondo l'art. 117 CPC, «*ha diritto al gratuito patrocinio chiunque: a. sia sprovvisto dei mezzi necessari*» e «*b. la cui domanda non appaia priva di possibilità di successo*».

I procedimenti di natura coniugale, di principio, presentano delle complessità tali che la necessità del ricorso al legale raramente è posta in discussione.

Le altre due condizioni, per contro, sono oggetto di verifica. La situazione economica del richiedente, reddituale e patrimoniale (art. 119 cpv. 2 CPC), viene esaminata in forza della documentazione prodotta in allegato al formulario comunale¹⁹, mentre le probabilità di successo sono un elemento che richiede una anticipata sommaria valutazione in fatto ed in diritto da parte del Giudice, ad esempio mediante esame dei presupposti degli art. 114 e 115 CC²⁰. In un contesto ordinario quest'ultima condizione dovrà essere ammessa senza grandi difficoltà, essendo chiaro, in ambito di liti coniugali, che parlare di «successo» è assolutamente fuori luogo²¹.

¹⁹ Si osserverà che il Comune è tenuto unicamente a verificare i dati esposti dal richiedente e non a formulare preavviso.

²⁰ Vedi DTF 138 III 217 consid. 2.2.4, 133 III 614 consid. 5, come pure TREZZINI, pag. 467. Il principio espresso dalla giurisprudenza è che le probabilità di successo sono date quando i rischi tra l'uno e l'altro esito del procedimento sono equilibrati oppure solo leggermente inferiori di modo che una persona che disponesse dei mezzi necessari deciderebbe di affrontare il procedimento (vedi TF 5D_76/2015 del 5.10.2015 consid.4.2.).

²¹ Va tuttavia osservato come il recente clima economico ha indubbiamente provocato una maggiore rigidità ed attenzione da parte delle autorità giudicanti, per cui non sempre il gratuito patrocinio viene concesso. Vedi TF 5D_164/2015 dell'11.1.2016. È da osservare che, anche quando l'istanza di merito non necessita di specifica motivazione (vedi ad esempio art. 290 CPC), la parallela richiesta di assistenza giudiziaria dovrà essere sostanziata (vedi TF 5A_380/2015 del 1.7.2015).

La domanda di assistenza deve, in ogni caso, rispettare il principio di buona fede.

Va precisato che, in caso di miglioramento della propria situazione economica, la parte beneficiaria del gratuito patrocinio è obbligata a rifondere allo Stato le somme anticipate, ritenuto che la pretesa del Cantone si prescrive in 10 anni dalla chiusura del procedimento (art. 123 CPC).

3.3. La richiesta

Qualora ricorrano le condizioni, le norme deontologiche impongono all'avvocato di informare il cliente circa la possibilità di ottenere l'assistenza (art. 17 Codice svizzero di deontologia).

L'assistenza giudiziaria e il gratuito patrocinio vanno richiesti, al più presto, alla autorità competente per il merito della lite. La ragione è il fatto che il loro riconoscimento «con effetto retroattivo» costituisce un'eccezione (art. 119 cpv. 4 CPC)²².

L'istanza di gratuito patrocinio può anche essere proposta prima della litispendenza (art. 119 cpv. 1 CPC), per modo che «il patrocinatore d'ufficio» può essere designato già per la preparazione del processo (art. 118 lett. c CPC), ad esempio per la preparazione della convenzione di divorzio²³.

Nel caso in cui l'istanza di gratuito patrocinio sia inoltrata contemporaneamente all'atto introduttivo della causa, trattative in vista di un accordo intervenute successivamente, rientrano nelle prestazioni comprese nel mandato in gratuito patrocinio.

La domanda – che può essere formulata separatamente ma anche in parallelo ad altra richiesta (ad esempio a misure cautelari) – va trattata in procedura sommaria (art. 119 cpv. 3 CPC) e decisa con riferimento al momento della presentazione²⁴.

²² RtiD I-2015, pag. 962 n. 57c.

²³ TREZZINI, pag. 479.

²⁴ TREZZINI, pag. 466, come pure DTF 138 III 217 consid. 2.2.4, 133 III 614 consid. 5, nonché TF 5A_428/2015 del 9.10.2015 consid. 4.1.

L'autorità dovrebbe evadere la richiesta in tempi brevi e non al termine del procedimento, tale aspetto tuttavia ancora sfugge alla prassi. Ne consegue che, al fine di cautelarsi, il legale è autorizzato a richiedere degli acconti (compatibilmente con la situazione del cliente), impegnandosi a restituirli nel caso in cui il gratuito patrocinio venisse concesso²⁵.

Eventuali decisioni negative vanno contestate a mezzo di reclamo (art. 121 CPC)²⁶.

3.4. *La lite a carattere internazionale*

Considerando che il foro competente per dirimere procedimenti coniugali litigiosi è dato dal domicilio dell'una o dell'altra parte (art. 46 e 59 LDIP, 23 CPC) è possibile che al procedimento apertosi validamente in Svizzera partecipi un coniuge residente all'estero economicamente in difficoltà²⁷.

Nell'ambito della richiesta di gratuito patrocinio formulata dal coniuge residente all'estero, la valutazione relativa ai mezzi economici dovrà essere effettuata sulla base di documenti esteri che la parte interessata sarà tenuta a fornire. Essendo i sistemi fiscali differenti, da Stato a Stato, bisognerà che l'autorità competente prenda la propria decisione sulla base di una documentazione completa. Si segnala a titolo di esempio che, per una persona residente in Italia – non sussistendo una tassazione patrimoniale generalizzata – il fatto di non disporre di un reddito non è di per sé decisivo per il riconoscimento del gratuito patrocinio²⁸.

²⁵ L'emissione di note complementari da parte dell'avvocato ad un cliente al beneficio del gratuito patrocinio è operazione illecita che comporta sanzione disciplinare, a condizione che la nota si riferisca all'ambito delle prestazioni oggetto di assistenza (SJ 2016 I 155).

²⁶ Il reclamo è proponibile, da parte dell'avvocato e non del cliente (RtiD II-2015, pag. 866 n. 40c), anche nel caso di un compenso valutato insufficiente.

²⁷ Sulle condizioni necessarie per un valido trasferimento di domicilio a carattere internazionale nelle liti coniugali si rinvia a SIMON OTHENIN-GIRARD, *Divorce international – For du domicile du demandeur de nationalité suisse* (art. 59 lit. b LDIP, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_659/2011) (Newsletter maggio 2012).

²⁸ Chi domanda l'assistenza giudiziaria non deve infatti disporre di sostanza, salvo per un piccolo capitale che è in genere ammesso quale «riserva di soccorso» (EMANUELA EPINEY-COLOMBO, *Il cittadino e il divorzio*, 2013, pag. 29).

Alla procedura relativa all'assistenza giudiziaria è applicabile il principio inquisitorio, limitato tuttavia dal dovere di collaborazione delle parti, ciò che significa che l'autorità non è tenuta ad effettuare ricerche approfondite generiche, in particolare quando una parte è assistita da un legale²⁹. L'obbligo di interpello (art. 56 CPC) del Giudice vale essenzialmente allorquando vi è una parte non assistita e giuridicamente senza esperienza, egli non è tenuto a fissare un termine supplementare a chi (debitamente assistito) non ha prodotto una documentazione sufficiente³⁰.

3.5. *Il calcolo della retribuzione*

Nel codice di procedura civile, il legislatore federale non ha regolato la remunerazione del patrocinatore d'ufficio, l'art. 122 CPC prevede soltanto che l'indennità sia adeguata³¹.

La retribuzione del legale avviene in forza dei principi esposti nella normativa cantonale e meglio nella LAG e nel RtarRip. Ne consegue che verranno considerate unicamente le prestazioni «derivanti da una ragionevole conduzione del mandato»³².

Va rammentato che interventi di natura sociale, la cui sollecitazione è tutt'altro che infrequente nell'ambito delle vertenze familiari, non sono riconosciuti come necessari alla conduzione del mandato e ciò benché in casi particolarmente delicati risultino essenziali.

Al termine della procedura, il legale trasmetterà la propria nota per tassazione all'autorità giudicante, la quale la esaminerà e la confermerà o la correggerà applicando i criteri retributivi previsti dal citato regolamento e meglio:

- considerando un onorario a tempo di fr. 180.– l'ora, riservato per casi complessi l'onorario speciale di fr. 250.– l'ora (art. 4 RtarRip),

²⁹ SJ 2016 I 128 consid. 3.2.2.

³⁰ DANIEL WUFFLI, *Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2015 note 657-659.

³¹ DTF 137 III 185.

³² Art. 3 cpv. 2 LAG, concetto che garantisce all'autorità decisionale un importante margine di apprezzamento.

- tenendo conto del massimo previsto per le cause di stato di fr. 4 200.– di onorario (art. 5 RtarRip)³³,
- quantificando le spese percentualmente all'onorario (art. 6 RtarRip).

Di regola, la tassazione della nota comporta un vaglio piuttosto severo degli interventi del patrocinatore, ciò che di fatto può limitare la conduzione del mandato alle sole prestazioni minime e essenziali. Incombe all'avvocato di far comprendere questo aspetto al cliente oppure di assecondare le richieste del medesimo cosciente di operare «*pro bono*».

L'IVA andrà riconosciuta in aggiunta ad onorario e spese e ciò anche quando il patrocinatore è stato nominato d'ufficio per un coniuge residente all'estero³⁴.

4. La «*provisio ad litem*»

4.1. Il punto di partenza

Nel caso in cui un coniuge non sia in grado, con il proprio reddito e con la propria sostanza, di sostenere i costi legali e processuali conseguenti ad una vertenza coniugale, è possibile ottenere dall'altro coniuge il versamento di un adeguato importo destinato a finanziare la procedura, definito «*provisio ad litem*»³⁵.

Il diritto all'assistenza giudiziaria e il conseguente dovere dello Stato di accordare il gratuito patrocinio sono infatti ritenuti sussidiari per rapporto agli obblighi che discendono dal diritto di famiglia³⁶.

³³ È opportuno ricordare che l'art. 8 RtarRip impone all'avvocato di informare «immediatamente» l'autorità giudicante quando le prestazioni effettuate superano tale importo.

³⁴ Il Tribunale federale ha infatti considerato che in tali casi il cliente dell'avvocato è lo Stato e che pertanto – anche qualora l'effettivo patrocinato avesse residenza all'estero (il che comporterebbe un'eccezione all'applicazione dell'IVA) – l'imposta rimane dovuta, vedi DTF 141 III 560 consid. 3.3.

³⁵ A condizione «che questi sia in grado di fornirlo e che il processo non appaia manifestamente privo sin dall'inizio di esito favorevole o che la condotta processuale non sembri temeraria» I CCA 11.2006.108 del 30.1.2007 consid. 3.

³⁶ DTF 138 III 672 consid. 4.2.1, come pure DTF 118 Ia 12 consid. 3a. Da considerare, oltre all'obbligo di assistenza tra coniugi (qui analizzato), l'obbligo di mantenimento

Ne consegue che il coniuge «economicamente forte» può essere tenuto a mettere a disposizione di quello «economicamente debole», quanto necessario per fare fronte alle spese di causa.

Tale obbligo viene dedotto generalmente dagli artt. 159 cpv. 3 e 163 CC³⁷. Sapere se tale dovere discende dall'obbligo di assistenza tra coniugi (art. 159 cpv. 3 CC) oppure dall'obbligo di mantenimento della famiglia (art. 163 CC) è controverso in dottrina³⁸. Una tale qualifica tuttavia non è esente da conseguenze pratiche. In effetti, nel primo caso, la «*provisio ad litem*» non potrebbe più essere richiesta una volta decretato il divorzio, mentre nella seconda ipotesi tale obbligo sussisterebbe anche posteriormente, ad esempio nel caso di contestazioni in modifica della sentenza di divorzio³⁹. Nel secondo caso, l'importo necessario, corrisposto *una tantum* o ratealmente, dovrebbe essere considerato parte del contributo di mantenimento⁴⁰.

tra genitori e figli (art. 276 cpv. 1 CC) applicabile in particolare quando una delle parti è minorenni e senza reddito. Vedi DTF 127 I 206 consid. 3d, nonché I CCA 11.2009.110 del 5.2.2010 consid. 12 con richiamo a CYRIL HEGNAUER, Berner Kommentar, 1997 art. 276 CC n. 39.

Il Tribunale federale ha per contro escluso l'applicazione dell'obbligo di assistenza nel caso di concubinato (DTF 142 III 36), il concubinato viene tuttavia considerato nel conteggio del fabbisogno.

³⁷ PASCAL PICHONNAZ in Commentaire Romand CC I ad art. 163, pag. 1162 nota 32 il quale segnala che l'indennità può essere richiesta per la procedura di divorzio, di separazione, come pure per procedimento di protezione dell'unione coniugale e ciò contrariamente a decisione del Tribunale di appello del cantone Ticino che sembrerebbero escludere quest'ultimo caso – vedi FamPra.ch 2004, pag. 112 n. 6, come pure RtiD I-2004, pag. 596 n. 79c.

Vedi TF 8C_1008/2012 del 24.5.2013.

³⁸ Per una qualifica legata al dovere di mantenimento vedi: DESCHENAUX/STEINAUER/BADELEY, Les effets du mariage, 2009, pag. 237 nota 422

³⁹ SABRINA BURGAT in Commentaire pratique. Droit matrimonial. Fond et procédure 2015, pag. 458 nota 15, la quale cita HAUSHEER/REUSER/GEISER in Basler Kommentar n. 38 e 38a.

⁴⁰ In questa ipotesi, non occorrerebbe far capo all'istituto della *provisio ad litem*. Secondo prevalente giurisprudenza, questa interpretazione si applica segnatamente alle procedure a protezione dell'unione coniugale, nelle quali una provvigione *ad litem* viene esclusa (I CCA 30.1.2007 n. 11.2006.108, consid. 3; RtiD I-2004, pag. 596 n. 79c, I CCA 8.2.2013 n. 11.2011.58). Andrà dunque osservato come nel Cantone Ticino, partendo dal principio che la «*provisio ad litem*» non possa essere richiesta in

La mancata richiesta della «*provisio*» viene sanzionata con il rifiuto dell'assistenza giudiziaria e ciò anche quando il mancato inoltro della richiesta di «*provisio*» sia la conseguenza di un errore, di una dimenticanza o ancora di «*altri motivi indipendenti da una comprovata insufficienza economica della controparte*»⁴¹.

4.2. *La quantificazione e le modalità di versamento*

La «*provisio ad litem*» va richiesta nel primo atto di causa, dato che la mancata domanda porta il coniuge «economicamente debole» a non poter formulare domanda di assistenza giudiziaria, la quale – per sua natura – va richiesta ad inizio procedura.

La provvigione di causa, inoltre, garantisce la copertura di costi futuri, non di costi già maturati⁴², la richiesta va pertanto formulata quanto prima.

L'importo andrà quantificato in funzione della probabile retribuzione dovuta al patrocinatore della parte «economicamente debole». Sarà quindi necessario effettuare una valutazione delle circostanze, in particolare dei punti controversi, al fine di quantificare una somma adeguata⁴³.

La richiesta può essere riferita ad un versamento unico oppure ad un importo da suddividere su più versamenti⁴⁴. La scelta tra le due opzioni dipenderà dalla situazione economica del debitore della «*provisio*».

Qualora la «*provisio*», richiesta ed ottenuta ad inizio procedura, risultasse insufficiente sarà possibile, motivando e giustificando le circostanze, formulare domanda per un adeguamento.

procedimenti di protezione coniugale, si tiene generalmente conto di un importo destinato a finanziare le spese di patrocinio nel calcolo del fabbisogno (vedi DTF 114 II 25).

⁴¹ RtiD I-2014, pag. 726 n. 1c. Un'eccezione è data unicamente quando «*il coniuge richiedente dia la prova dell'insufficienza economica dell'altro già nella sua istanza di gratuito patrocinio*».

⁴² RtiD I-2004, pag. 592 n. 70c.

⁴³ Importa qui evidenziare che la tariffa oraria applicabile alla quantificazione della «*provisio ad litem*» non è quella riconosciuta dall'assistenza giudiziaria. Infatti l'obbligo di assistenza del coniuge deve essere riferibile alla tariffa media applicata nei procedimenti analoghi. Entra quindi in considerazione una tariffa di fr. 250.– / 280.– all'ora.

⁴⁴ DENIS TAPPY in Commentaire Romand CC I ad art. 137, pag. 1017 nota 18 lett. g.

4.3. *Aspetti processuali*

Allo stadio attuale⁴⁵, la decisione sulla «*provisio ad litem*» è adottata in parallelo ad altre decisioni a carattere provvisoriale. Ne consegue che eventuali contestazioni richiedono la presentazione di un appello, da cui il rischio di una tempistica sicuramente importante.

La «*provisio*» richiederebbe una decisione a sé, come per l'assistenza giudiziaria. Per altro, essendo la medesima generalmente proposta in subordine non c'è ragione per cui la domanda subordinata (da evadere in procedura sommaria celermente) rimanga in sospeso in attesa che il Giudice si esprima sulla richiesta di «*provisio*».

È sicuramente importante per tutte le parti coinvolte sapere chi, in situazione di squilibrio e difficoltà economica, assume i costi del procedimento.

4.4. *Conseguenze del versamento*

Il riconoscimento di una «*provisio ad litem*», al di là della sua qualifica giuridica, viene generalmente considerato un anticipo che dovrà essere definito nella decisione finale⁴⁶. Qualora il coniuge, che in forza della decisione del Giudice ha corrisposto l'importo, dovesse effettuare (a fine procedura) versamenti a liquidazione del regime matrimoniale oppure per altri negozi tra coniugi, la somma della «*provisio*» verrebbe, in genere, dedotta⁴⁷. Nel caso contrario, chi avesse effettuato il versamento della «*provisio*» non confermata, dovrebbe agire per il recupero dell'importo.

⁴⁵ Secondo il diritto previgente, l'obbligo di corrispondere una provvigione *ad litem* all'altro coniuge senza risorse per sostenere le spese del processo si configurava processualmente come una misura provvisoriale dell'art. 137 cpv. 2 vCC, (cfr. RtiD I-2006, pag. 669 n. 33c consid. 6). Tale norma è stata abrogata con l'entrata in vigore del CPC CH.

⁴⁶ Nell'ambito di una procedura a protezione dell'unione coniugale, per la natura del procedimento, il finanziamento delle spese legali e giudiziarie da parte dell'altro coniuge non può avvenire a titolo di anticipo (cfr. sentenza del Tribunale federale 5P.43/2001 del 15 marzo 2001, consid. 2).

⁴⁷ TAPPY, pag. 1017 nota 18 lett. g.

Su tali aspetti, tuttavia, la dottrina non è unanime e non sempre i giudizi emessi a fine procedura determinano le sorti della «*provisio*»⁴⁸. Gli autori del presente studio ritengono che la natura di «anticipo» non sia da confermare. La «*provisio*» è difatti un importo dovuto definitivamente con riferimento ad un determinato momento dipendente dalla rispettiva situazione economica.

4.5. Proposte operative

Esaminando quanto precede ci si rende conto che l'istituto della «*provisio ad litem*» è caratterizzato da parecchi aspetti tuttora da chiarire.

Pare quindi opportuno formulare qualche proposta operativa:

- la «*provisio ad litem*» discende dall'obbligo di mantenimento della famiglia (art. 163 CC) che non comprende unicamente la copertura del fabbisogno di base. Ne consegue che la stessa va considerata in ogni lite coniugale (anche in ambito di procedimenti di protezione coniugale) e non solo là dove si pone la questione del riconoscimento o meno dell'assistenza giudiziaria. Un importante squilibrio economico tra i coniugi potrebbe quindi giustificare una tale richiesta⁴⁹;
- la richiesta di «*provisio ad litem*» va quantificata in funzione dei presumibili costi di una specifica lite. La somma non fa parte del conteggio del fabbisogno ordinario, avendo natura specifica. È quindi l'autorità giudiziaria che deve esprimersi confermando o meno l'importo richiesto ed imponendo al coniuge «economicamente forte» delle precise modalità di pagamento (unico versamento entro una certa data oppure più versamenti rateali di una certa somma);

⁴⁸ BRAEM/HASENBUELER in Zürcher Kommentar ZGB art. 159 n.131, come pure MICHELI/NORDMANN/JACOTTET TISSOT/CRETIAZ/THONNEY/RIVA, Le nouveau droit du divorce, 1999, pag. 211 nota 994 i quali indicano che il giudice potrebbe dispensare la parte dalla restituzione (DTF 66 II 70).

⁴⁹ Al momento tuttavia la giurisprudenza considera che la «*provisio*» viene riconosciuta unicamente laddove senza di essa il richiedente si ridurrebbe a vivere con il minimo vitale, mentre l'altro coniuge continuerebbe a fruire di alti redditi (vedi I CCA 11.2006.54 del 23.7.2007 consid. 2, I CCA 11.2006.108 del 30.1.2007 consid. 3).

- la richiesta di una «*provisio ad litem*» – se del caso promossa con la subordinata relativa al riconoscimento dell'assistenza giudiziaria⁵⁰ – va esaminata e definita in tempi brevi con procedimento sommario e ciò per analogia a quanto previsto all'art. 119 cpv. 3 CPC. Sia l'avvocato, sia il cliente devono sapere da chi saranno retribuite le prestazioni necessarie alla lite;
- la «*provisio ad litem*» non è un anticipo, ma una somma dovuta definitivamente. Nell'ambito della determinazione delle ripetibili⁵¹ l'autorità giudicante potrebbe, se del caso, tenerne conto; per cui, qualora la lite non dovesse concludersi a favore della parte che ha ottenuto ed incassato una «*provisio*», la stessa potrebbe essere tenuta a corrispondere delle ripetibili quantificate di conseguenza.

5. Conclusioni

La corretta retribuzione dell'avvocato è un elemento che interessa sia il professionista, sia il cliente. Rapporti chiari e trasparenti sin dall'inizio del mandato sono quindi essenziali.

Quando il cliente assume i costi dell'intervento del legale, vanno definiti i criteri retributivi ed in particolare, se esiste, il valore di riferimento della pratica. È quindi consigliabile formalizzare un accordo scritto di retribuzione.

Quando il cliente non è in grado di assumere i costi del procedimento, il legale è tenuto ad analizzare la situazione ed a valutare se il coniuge del medesimo dispone di mezzi economici sufficienti, rispettivamente se deve essere richiesto il gratuito patrocinio. Andrà tuttavia ben specificato al cliente che lo Stato interviene solamente «anticipando» costi che – in un futuro – potranno essergli richiesti.

⁵⁰ Va tenuta presente la necessità di formulare la subordinata in caso di dubbio circa il riconoscimento della «*provisio*» tenuto conto della prassi giurisprudenziale che riconosce l'assistenza retroattivamente solo in casi eccezionali; vedi DTF 122 I 203, TF 5A_843/2009 del 23.2.2010.

⁵¹ Un'equa indennità a titolo di ripetibili viene infatti attribuita anche in caso di procedura di gratuito patrocinio; RtiD II-2004, pag. 843 n. 30c consid. 15.

Se le condizioni per pretendere la «*provisio ad litem*» sono date, il legale dovrà formulare la richiesta, se del caso formalizzando in subordine una domanda di gratuito patrocinio; l'autorità giudicante sarà allora tenuta a definire rapidamente tale aspetto in procedura sommaria.

Verificando infine, al termine della procedura, «chi deve cosa a chi», bisognerà tenere conto delle ripetibili che l'autorità giudicante andrà a riconoscere con la decisione finale. Le ripetibili vengono in genere dedotte dalla retribuzione riconosciuta in ambito di gratuito patrocinio, dimenticando troppo spesso l'autorità giudicante che, per incassare le medesime, il più delle volte una parte è costretta a promuovere iniziative esecutive assumendo in conseguenza ulteriori spese ...

In conclusione, benché lo scopo del gratuito patrocinio (e della «*provisio ad litem*» suo presupposto) sia quello di garantire l'accessibilità alla giustizia e la parità delle armi delle parti in causa, una vera parità è data unicamente quando le parti hanno – di partenza – posizioni economiche equivalenti.

In situazione di disparità di forza economica, purtroppo, vi sarà sempre una «parte forte», che potrà permettersi di utilizzare a piacimento e secondo il proprio interesse i mezzi previsti dalle norme (ricorsi compresi), e «una parte debole», che cercherà di tenere il passo per ottenere soddisfazione.

In un tale naturale contesto, ci si dovrebbe quindi porre più spesso la domanda a sapere se, in ambito di liti coniugali, accordi – pur mitiganti le pretese economiche – non siano da preferire ad anni di aspre battaglie giudiziarie, tenuto conto della qualità di vita⁵².

⁵² Considerando che studi recenti hanno dimostrato come una delle principali cause del divorzio sono *situazioni di stress*, le quali portano a carenze nella comunicazione tra i coniugi e contribuiscono in conseguenza in modo determinante alla rottura del vincolo matrimoniale (vedi BODEMANN/SCHAER, Comment en arrive-t-on à un divorce? Une analyse du point de vue psychologique, in *Le droit du divorce: questions actuelles et besoin de réforme*, 2008, pag. 117) è pacifico concludere che, un procedimento giudiziario che dura anni, non contribuisce a migliorare la qualità di vita.

Si segnala infine che nel 2014 i matrimoni celebrati in Ticino sono stati 1573, mentre i divorzi pronunciati sono stati 701 (vedi notiziario USTAT 2015-22).