

Il Tribunale di Varese, Sezione Prima civile, sentenza 22 luglio 2011 (Pres. Paganini, est. Buffone)

FATTO

Nell'odierno giudizio trova applicazione la modifica apportata all'art. 132, comma II, n. 4 c.p.c. dalla legge 18 giugno 2009 n. 69 per cui la stesura della sentenza omette lo svolgimento del processo.

Le parti hanno contratto matrimonio concordatario il 6 settembre 1988 in Varese, con atto trascritto nei registri dello Stato Civile del Comune di Induno Olona...

Dal matrimonio sono nati i figli D, il 30 marzo 1990 (maggiorenne) e G, 11 aprile 1994 (maggiorenne dal prossimo aprile).

In data 17 gennaio 2006, i coniugi sono comparsi dinanzi al Presidente del Tribunale di Varese per ottenere la separazione giudiziale e da tale momento non è intervenuta più riconciliazione, essendo quindi decorsi tre anni dalla separazione al deposito del ricorso per la cessazione degli effetti civili del vincolo matrimoniale (ricorso del 18 luglio 2009). La separazione è stata pronunciata con sentenza depositata in data 22 maggio 2008 e divenuta cosa giudicata il 7 maggio 2009.

La sentenza di separazione ha stabilito un assegno di mantenimento per i figli pari ad euro 1.200,00 (aggiornato secondo gli indici Istat) oltre il rimborso del 75% delle spese straordinarie.

Con il ricorso per divorzio, l'attore chiede la riduzione del concorso al mantenimento in euro 600,00 oltre il 50% delle spese straordinarie, avendo avuto una contrazione delle entrate (società S.a.s. di ..) e un altro figlio (E, nato il 17 dicembre 2008) dalla nuova compagna, M. Quanto a G, chiede l'affido condiviso.

La convenuta si è costituita contestando la presunta contrazione delle entrate a mezzo della compagine sociale e contestando, in diritto, che una nuova famiglia dia diritto ad una riduzione dell'assegno di mantenimento. Ha chiesto, quindi, l'affidamento esclusivo della figlia G con un aumento del mantenimento ad euro 1.600,00 (800,00 per figlio).

DIRITTO

Va premesso che le prove articolate dalle parti sono state respinte.

Quanto alle richieste istruttorie della convenuta, irrilevante è il capitolo articolato a pag. 2 della memoria istruttoria del 16 aprile 2000, poiché concernente un fatto relativo al 2005 e, quindi, coperto dal dedotto e deducibile nel giudizio di separazione. La circostanza negativa, inoltre, concernente l'omesso pagamento del mantenimento, è fatto storico che non grava come prova sul creditore (v. Cass. civ., Sez. Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533 in *Corriere Giur.*, 2001, 12, 1565). L'accertamento dei redditi effettivi mediante polizia giudiziaria costituisce una deroga all'onere della prova, non necessaria se il giudice ritiene di avere sufficienti elementi per la decisione, come nel caso di specie. L'attore non ha depositato la memoria istruttoria.

1. AFFIDAMENTO DELLA PROLE

Come ha ben chiarito Cass. Civ. 19 giugno 2008 n. 16593, l'affido esclusivo, quale deroga eccezionale al principio della bigenitorialità, è giustificato solo ove risulti, nei confronti di uno dei genitori, una condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore (come, nel caso, ad esempio, di una sua anomala

condizione di vita, di obiettiva lontananza, etc.). In altri termini (v. Cass. civ., sez. VI, ordinanza 7 dicembre 2010 n. 24841), alla regola dell'affidamento condiviso dei figli può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti pregiudizievole per l'interesse del minore.

L'affidamento dei figli minorenni, in via esclusiva, costituisce, insomma, una seria eccezione al principio di bigenitorialità che richiede una rigorosa prova in ordine alla lacuna genitoriale presente in uno dei partners, lacuna tale da doversi ritenere potenzialmente o attualmente lesiva del minore. Quanto non è emerso in sede di istruttoria e, quindi, la domanda della convenuta va rigettata, dovendosi peraltro valutare negativamente la richiesta stessa, in ossequio agli artt. 116, comma II, c.p.c. e 155-bis, comma II, c.c. (su cui v. Trib. Minorenni di Milano, decreto 4 marzo 2011 in *www.cassazione.net*, dove il Collegio ha ritenuto che possa essere condannata per "lite temeraria" la madre che insiste per l'affido esclusivo senza offrire valide prove e, quindi, con istanza manifestamente infondata). Il genitore responsabile, infatti, non valuta il coniuge come padre o madre in ragione del risentimento personale o della sua condotta come partner, riuscendo (e dovendo riuscire) a tenere distinto il profilo verticale della genitorialità da quello orizzontale del coniugio.

La minore va, quindi, affidata in via condivisa a entrambi i genitori. Condividendo la richiesta del padre, quanto al diritto di visita, tenuto conto della ormai prossima maggiore età di G, l'attore potrà organizzare con la stessa i giorni di permanenza insieme e, in caso di contrasto con la madre, è dato ricorso al giudice.

2. ASSEGNO DIVORZILE IN FAVORE DEI FIGLI

E' oggetto di contestazione l'ammontare del mantenimento da versare ai figli: 1.600,00 per la madre; 600,00 per il padre. Non è contestato che D, pur maggiorenne, non sia autosufficiente. L'ipotesi di un assegno versato direttamente a questi viene respinta: essendo due i figli e uno il comune gestore (la madre), esigenze di migliore organizzazione del ménage quotidiano suggeriscono il mantenimento dell'assegno cd. indiretto. E' vero che l'art. 155-quinquies c.c. propende per il versamento del mantenimento direttamente al figlio maggiorenne, ma è norma derogabile dal Collegio in ragione delle circostanze rebus sic stantibus, come quelle evidenziate in questa sede.

Nella determinazione dell'assegno per i figli, reputa questo Collegio di poter fare diretto riferimento al mantenimento stabilito in sede di separazione, non essendo precluso al giudice del divorzio di adottare, come parametro valutativo, l'assetto patrimoniale stabilito dalle parti in sede di separazione (v. Cass. civ. 1049/2010).

In particolare, secondo questo Collegio, elemento di sicura rilevanza è proprio l'assetto economico facente capo alla crisi familiare intervenuta in occasione della separazione e ciò perché tale assetto è stato a suo tempo determinato consensualmente dai coniugi: la sentenza, infatti, è stata l'esito di una presentazione condivisa di un accordo comunemente raggiunto. I litiganti, infatti, hanno precisato "congiuntamente" le conclusioni (v. sentenza di separazione). Si è, quindi, formato un accordo a tutti gli effetti, simile alla separazione consensuale, al di là dell'aspetto formale di "sentenza" assunto dal provvedimento che lo ha recepito. Peraltro, accordo che è anche particolarmente recente nel tempo (18 aprile 1008) e rappresenta un sicuro indice di riferimento, alla luce della volontarietà e spontaneità che lo sorregge.

Si vuol dire che le parti, munite della propria consapevolezza, hanno concordemente stabilito un assetto patrimoniale post-matrimonio così pervenendo a condizioni di separazione reputate opportune al punto di sostenerle della volontà contrattuale tipica degli accordi di separazione che costituiscono espressione dell'autonomia negoziale. L'assegno di mantenimento, a suo tempo, è stato determinato in misura di circa €. 1.200,00, somma che, dunque, costituisce un valido

referente per stabilire l'assegno in sede divorzile anche perché identifica uno specifico tenore di vita goduto in costanza di matrimonio ed induce a ritenere che tale somma fosse proprio quella necessaria al coniuge più debole per affrontare un ménage familiare adeguato al nucleo familiare e offrire ai figli il giusto mantenimento.

L'assegno, all'attualità (rivalutato dal 10 aprile 2009, v. clausola n. 5 delle condizioni di separazione), è pari a Euro 1.257,00.

2. ASSEGNO DIVORZILE IN FAVORE DEI FIGLI: INCIDENZA DELLA NUOVA FAMIGLIA DI FATTO

L'assegno di Euro 1.257,00 è la base da cui il Collegio intende muovere. Occorre ora comprendere se sia possibile un incremento o un decremento. Le questioni patrimoniali e economiche, concernenti i redditi e la quaestio societaria, non assumono rilevanza, poiché il quadro non è di fatto mutato dal momento in cui furono siglati gli accordi in sede di separazione, nel 2008. Le valutazioni *ex post*, fatte dall'uno e dall'altro genitori e, appaiono orientate *secundum eventum litis* e non mosse dalla serie (e provata) presenza di sostanziali mutamenti rispetto al pregresso stato di fatto su cui poggia le basi il "vecchio" assegno di 1.200,00 Euro.

Va, quindi, affrontata la questione della nuova famiglia dell'attore.

E' provato che, dopo la sentenza di separazione, l'attore ha avuto un figlio dalla nuova compagna. E' anche provato che la relazione è stabile, duratura e, ormai, contraddistinta da serietà e costanza, essendovi anche convivenza. Tanto è provato per mancanza di contestazione e per ammissione della stessa convenuta (pag. 2 della comparsa). E, in effetti, la Arnaboldi non nega che vi sia una nuova famiglia per l'Olferi ma nega che tale elemento possa indurre alla riduzione del mantenimento.

La tesi della parte convenuta va respinta, aderendo questo Collegio al più recente indirizzo di Cassazione, ritenuto più vicino all'assetto costituzionale dei valori in gioco.

La famiglia di fatto costituisce una formazione sociale atipica a rilevanza costituzionale ex art. 2 Cost. (cfr. C. cost. 18 novembre 1986 n. 237), meritevole di pieno riconoscimento (Cass. lav. 5632/06). Ve ne è traccia nello stesso *excursus* storico-lessicale dell'istituto, passato dal concubinato alla convivenza *more uxorio* e, infine, alla famiglia *cd. di fatto*. Originariamente, infatti, l'unione non suggellata dal vincolo del *matrimonium* era "additata" come "concubinato"¹ senza distinzioni di sorta e proprio il termine "concubina" era quello adottato dall'art. 150 del Codice Civile del 1865 cui faceva da *pendant* il delitto di concubinato (art. 354 Codice Zanardelli, 1889, recepito poi nell'art. 560 del Codice Rocco, 1930)². L'espressione aveva un intenso aroma dispregiativo e rappresentava quasi un marchio di infamia sostanzialmente indelebile. Con l'entrata in vigore della Charta Chartarum nel 1948, il progressivo processo di integrazione comunitaria ed i forti mutamenti sociali intervenuti *medio tempore*, il concubinato dismette gran parte del proprio contenuto semantico e, per l'effetto, viene inaugurata l'era delle convivenze *cd. more uxorio*³. La nuova veste lessicale è mossa da una rivisitazione "etica" e "giuridica" della coppia non fondata sul matrimonio, la quale perde le originarie connotazioni torbide ed assurge al rango di formazione sociale meritevole di tutela. Sul piano identificativo, la convivenza è connotata dalla coabitazione dei partners e dalla serietà e stabilità del legame ("come marito e moglie", *more uxorio*). La nuova ermeneutica *secundum constitutionem* dà la stura ad un ulteriore sviluppo dogmatico, pregno di significato non solo giuridico ma

¹ In passato il termine indicava, precisamente, la convivenza tra un uomo e una donna non uniti dal matrimonio, sulla scorta della tradizione giuridica greca e romana.

² Falcidiato da Corte cost., 03/12/1969, n.147, Giur. Costit., 1969, 2230

³ Cass. civ., Sez. I, 20/01/2006, n.1179, Mass. Giur. It., 2006

anche socio-culturale: alcune convivenze civili, in ragione della comunanza di vita dei conviventi che le caratterizza, della serietà e stabilità del vincolo, sono suscettibili sotto il concetto di “famiglia” seppur “di fatto”. Viene, quindi, definitivamente abbandonata la vecchia concezione propria della cd. equazione napoleonica la quale postulava l’indifferenza giuridica verso le convivenze (“*les concubins se passent de la loi; la loi se désintéresse d’eux*”). Lo ius receptum di rango costituzionale, in tal senso, ha definitivamente consacrato la cittadinanza della famiglia di fatto in seno all’art. 2 della Costituzione, in quanto formazione sociale deputata a realizzare lo sviluppo della persona umana.

Quando, quindi, in particolare, i *partners* sono uniti da coabitazione e unione di interessi e affetti, provata, ad esempio, dall’avere deciso di ospitare nel nucleo familiare la genitorialità, mediante l’adozione o il concepimento di figli, si assiste all’emersione, per l’appunto, non di una mera convivenza civile ma di una sostanziale “famiglia”, non fondata sul matrimonio (peraltro, non possibile in pendenza della separazione) ma, comunque, senz’altro coperta da tutela costituzionale, in ragione dell’art. 2 Cost. e dell’art. 8 della CEDU (e quindi art. 117, comma I, Cost.).

Al cospetto di una famiglia di fatto, non può sostenersi che il coniuge onerato non possa ottenere alcun beneficio quanto all’assegno che deve al partner della disciolta famiglia legittima, perché così facendo, per un verso e implicitamente, si negano i principi sin qui illustrati, espressione, come detto, anche di una evoluzione dei costumi sociali. Né è consapevole, come già detto, la più recente giurisprudenza di Cassazione che, proprio con ultimissimi arresti, re melius perpensa, ha rivisitato la questione, disattendo (o meglio chiarendo) aspetti anche della pregressa giurisprudenza, espressamente citata dalla convenuta (v. comparsa pag. 3: si cita la sentenza n. 15065/2000. E’ proprio la decisione che viene parzialmente disattesa dal nuovo trend giurisprudenziale).

Ebbene, secondo *Cass. Civ., sez. I, sentenza 11 agosto 2011 n. 17195 (Pres. Luccioli, Rel. Dogliotti), in caso di cessazione degli effetti civili del matrimonio, l’instaurazione di una famiglia di fatto, quale rapporto stabile e duraturo di convivenza, attuato da uno degli ex coniugi, rescinde ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa convivenza matrimoniale e, in relazione ad essa, il presupposto per la riconoscibilità, a carico dell’altro coniuge, di un assegno divorzile, il diritto al quale entra così in uno stato di quiescenza, potendosi invero riproporre l’attualità per l’ipotesi di rottura della nuova convivenza tra i familiari di fatto*. Quanto al mantenimento dei figli, una soppressione non è immaginabile, ma un bilanciamento certo sì, in modo da garantire a entrambi i figli, della famiglia legittima disgregata e della famiglia di fatto nuova, un pieno riconoscimento alla genitorialità “uguale”.

In tal senso, secondo *Cass. 17195/2011 (in www.cortedicassazione.it), è vero che giurisprudenza consolidata della Suprema Corte (tra le altre, da ultimo, *Cass. n. 23968/2010*) afferma che la mera convivenza del coniuge con altra persona non incide di per sé direttamente sull’assegno di mantenimento. E tuttavia, ove tale convivenza assuma i connotati di stabilità e continuità, e i conviventi elaborino un progetto ed un modello di vita in comune (analogo a quello che di regola caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio: arricchimento e potenziamento reciproco della personalità dei conviventi, e trasmissione di valori educativi ai figli (non si deve dimenticare che obblighi e diritti dei genitori nei confronti dei figli sono assolutamente identici, ai sensi dell’art. 30 Cost. e 261 c.c., in ambito matrimoniale e fuori dal matrimonio), la mera convivenza si trasforma in una vera e propria famiglia di fatto (al riguardo, *Cass., n. 4761/1993*).*

In ragione delle valutazioni sin qui svolte, la somma di Euro 1.257,00 va ridotta alla luce della presenza di una nuova famiglia di fatto nell'ambito della quale, dopo l'accordo di separazione, è nato E, il nuovo figlio dell'attore. Nella ricerca della somma adeguata vanno valutate tutte le circostanze: da un lato due figli in periodo di spese di particolare importanza (per gli studi universitari e la ricerca di un canale di immissione nel mercato del lavoro), dall'altro il fatto che, quanto al nuovo figlio, questi ha l'apporto di entrambi i genitori uniti anche dall'essere partners, mentre i due della famiglia disgregata, invece, no, essendo venuta meno l'*affectio coniugalis*.

Alla luce dei parametri qui evidenziati, pare opportuno ridurre l'assegno di mantenimento ad Euro 1.000,00, con rivalutazione annuale a decorrere dall'1 settembre 2012.

Ragioni di tutela dell'assetto su cui hanno fatto affidamento le parti in corso di processo, induce a ritenere che la modifica avrà effetto dal mese di settembre 2011, salvo l'assetto dei provvedimenti presidenziali per il pregresso.

3. SPESE DI LITE

Tenuto conto dell'esito del giudizio e della incidenza di nuove soluzioni giurisprudenziali, sopravvenute alla introduzione del giudizio, le spese vanno integralmente compensate.

in composizione collegiale, definitivamente pronunciando nel giudizio civile iscritto al n. 4233 dell'anno 2009; disattesa ogni ulteriore istanza, difesa ed eccezione, così provvede:

■ □ ■

visto l'art. 2 legge 898/1970

- I) **DICHIARA** la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario contratto da O (C. F. O), nato a Varese il 000e A (C. F. ...), nata a Varese il 18 aprile 1965: *matrimonio concordatario celebrato il*
- II) **AFFIDA** la figlia G, in modo condiviso, a entrambi i genitori. Il padre potrà organizzare liberamente la sua permanenza con la minore, ormai prossima alla maggiore età, direttamente con la stessa. I figli, D e G avranno collocamento prevalente presso il domicilio della madre, dove avranno pure residenza. Quanto a G, le scelte aventi a oggetto gli atti di ordinaria amministrazione, possono essere assunte da ciascuno dei genitori autonomamente, per il tempo il cui la prole è presso ognuno dei due. Le scelte di straordinaria amministrazione devono essere assunte assieme. I genitori hanno l'obbligo di collaborare per attuare nel modo migliore la reciproca genitorialità e devono astenersi dall'ostacolare l'esercizio della genitorialità altrui.

visto l'art. 5, comma VI, legge 898/1970

- III) **DISPONE** l'obbligo per O di somministrare mensilmente a favore di A un assegno pari (all'attualità) ad €. 1.000,00 per il mantenimento indiretto dei figli G e D, da rivalutare annualmente secondo gli indici ISTAT dall'1 settembre 2012 e da versare, come rivalutato, a partire dal mese di settembre del 2011, fermo fino a tana, il pregresso ammontare.

visti gli artt. 91, 92 c.p.c.

IV) **COMPENSA** le spese di liti tra le parti.

visto l'art. 69, comma I, lett. d d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396

III) – **DISPONE** che, a cura dell'ufficiale dello stato civile competente, l'odierna sentenza sia annotata nell'atto di matrimonio delle parti,.

visto l'art. 133 c.p.c.

MANDA alla cancelleria per la notifica della sentenza alle parti e per gli ulteriori provvedimenti di competenza.

Così deciso in Varese, nella camera di consiglio del 22 luglio 2011

IL GIUDICE EST.
DOTT. GIUSEPPE BUFFONE

IL PRESIDENTE
PRES. FRANCESCO PAGANINI