

Trib. di Varese, Sezione Prima civile, sentenza 21 aprile 2011 (Pres. Paganini, est. Buffone).

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

All'odierno giudizio è applicabile l'art. 58, comma II, legge 18 giugno 2009 n. 69 e, per l'effetto, la stesura della sentenza segue l'art. 132 c.p.c. come modificato dall'art. 45, comma 17, della legge 69/09. Sussiste la giurisdizione di questo giudice: al momento della proposizione della domanda, entrambi i coniugi avevano (e ancora hanno) residenza in Italia e non in altro paese della Comunità (v. art. 3, Regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento CE n. 1347/2000).

Sussiste la competenza del tribunale di Varese, posto che l'ultima residenza comune dei coniugi era a Lavena Ponte Tresa.

L'art. 2 comma III lett. e ter della Legge 80/2005 ha modificato l'art. 706, comma I, c.p.c. introducendo un diverso criterio per la competenza e fissando quale foro competente il «tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi, ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio», e mantenendo, per il resto, gli altri criteri di competenza già previgenti. I criteri di individuazione di tale competenza per territorio sono inderogabili e successivi, nel senso che non è consentito al ricorrente fare riferimento ad uno di essi se non nell'ipotesi in cui il precedente non ricorra. Pertanto, perché il ricorrente possa proporre la domanda innanzi al tribunale del luogo in cui il convenuto abbia residenza o domicilio, non è sufficiente che la residenza comune dei coniugi sia venuta meno, ma è necessario che essa non sia mai esistita, non potendosi interpretare l'espressione «in mancanza» come equivalente a quella «qualora sia successivamente venuta meno», sia perché vi osta il dato letterale, che allude, inequivocabilmente, ad una situazione mai realizzatasi, sia perché è pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che i coniugi possano anche non avere mai avuto una residenza comune – e questa è la fattispecie ipotizzata dal legislatore – dal momento che l'art. 144, primo comma, del codice civile, nel prevedere l'obbligo della fissazione della residenza della famiglia, non esclude che, in concreto, i coniugi, per motivi legittimi, possano non procedere a tale fissazione. Da quanto precede deriva che, qualora i coniugi abbiano avuto, per il passato, una residenza comune, occorre fare capo, ai fini della individuazione del giudice competente sulla domanda di separazione, al tribunale del luogo ove detta residenza si trovava, e ciò anche nella ipotesi che, al momento dell'introduzione del giudizio, nessuna delle parti abbia alcun rapporto con quel luogo. La stessa proposizione normativa era stata adottata dal Legislatore nella Legge sul Divorzio. La Consulta, con la sentenza 169/2008, ha affermato che l'individuazione di tale criterio di competenza, nell'art. 4, comma I, della legge 1° dicembre 1970, n. 898 è manifestamente irragionevole, non sussistendo alcuna valida giustificazione della adozione dello stesso, ove si consideri che, in tema di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, nella maggioranza delle ipotesi, la residenza comune è cessata, quanto meno dal momento in cui i coniugi, in occasione della domanda di separazione – giudiziale o consensuale – sono stati autorizzati a vivere separatamente, con la conseguenza che, tenute presenti le condizioni per proporre la successiva domanda di divorzio, non è ravvisabile alcun collegamento fra i coniugi e il tribunale individuato dalla norma.

Secondo taluni tale principio sarebbe estensibile alla separazione per eadem ratio. L'affermazione si presenta non condivisibile posto che sussistono differenze ontologiche, strutturali e funzionali tra il giudizio di separazione e quello di divorzio, avendo ad oggetto

il primo il rapporto tra marito e moglie, ancora tali, ed incidendo solo il secondo sugli status familiae. Ancora: come segnala la Consulta, il criterio della residenza comune dovrebbe giustificarsi dove sussiste una valida ragione in fatto, quale può essere quella del nucleo familiare che ha scelto di separarsi ma non ancora di far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento. Tali rilievi vengono svolti anche per motivare la mancanza di presupposti per una remissione degli atti alla Corte Costituzionale. Vi è poi di più. Il criterio della ultima residenza comune dei coniugi è conforme al Regolamento cd. Bruxelles II che afferma che “sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio i giudici dello Stato membro nel cui territorio si trova (...) la residenza abituale dei coniugi, o l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora”. Peraltro, merita qui di essere richiamata quella Dottrina che ha salutato con estremo favore la modifica apportata nell'art. 706 c.p.c. affermando che in tal modo si evita all'attore di dover rincorrere il resistente che abbia abbandonato la casa coniugale “*inseguendo il suo sogno d'amore*”.

SEPARAZIONE GIUDIZIALE

La domanda diretta ad ottenere la separazione giudiziale va accolta. E ciò perché i fatti desunti dalla trattazione della causa dimostrano in modo inequivocabile che la prosecuzione della convivenza è divenuta ormai da tempo intollerabile ex art. 151, primo comma, c.c. Né occorre espletare una specifica istruttoria allo scopo di verificare se la convivenza sia divenuta realmente intollerabile e tanto perché è sufficiente la valutazione soggettiva di uno dei coniugi circa l'intollerabilità della convivenza affinché sussista l'obbligo per il giudice di pronunciare la separazione (cfr. Cass. 9.10.2007, n. 21099). Occorre, cioè, accedere alla tesi della cd. intollerabilità soggettiva, ultimo e più recente approdo della giurisprudenza di legittimità che ha data la stura ad un vero e proprio diritto potestativo di ognuno dei coniugi alla separazione dall'altro.

Al riguardo va premesso che l'art. 151 cod.civ., nel testo vigente, si presta, infatti, a un'interpretazione aperta a valorizzare elementi di carattere soggettivo, costituendo la intollerabilità un fatto psicologico squisitamente individuale, riferibile alla formazione culturale, alla sensibilità e al contesto interno alla vita dei coniugi. La Corte di Cassazione, in tal senso, in particolare, con la sentenza del 14 febbraio 2007, n. 3356, ha affermato che, in una visione evolutiva del rapporto coniugale - ritenuto, nello stadio attuale della società, incoercibile e collegato al perdurante consenso di ciascun coniuge - il giudice, per pronunciare la separazione, deve verificare, in base ai fatti oggettivi emersi, ivi compreso il comportamento processuale delle parti, con particolare riferimento alle risultanze del tentativo di conciliazione ed a prescindere da qualsivoglia elemento di addebitabilità, la esistenza, anche in un solo coniuge, di una condizione di disaffezione al matrimonio tale da rendere incompatibile, allo stato, pur a prescindere da elementi di addebitabilità a carico dell'altro, la convivenza.

Ove tale situazione d'intollerabilità si verifichi, anche rispetto ad un solo coniuge, questi ha diritto di chiedere la separazione (Cass. civ., sezione I, sentenza 9 ottobre 2007 n. 21099) con l'effetto che le parti non devono giustificare il proprio rifiuto di proseguire la convivenza, perché la reputano intollerabile, né dimostrare tale intollerabilità (Tribunale di Lamezia Terme, sentenza 8 giugno 2007; Trib. Catanzaro, sez. II, sentenza 6 luglio 2009; Tribunale di Varese, sez. I civile, sentenza 7 aprile 2010 e 12 novembre 2010).

Orbene, già la totale assenza della parte convenuta dalla lite ha reso evidente che le parti non hanno più intenzione di considerarsi marito e moglie, per effetto di un rapporto di coniugio del tutto demolito dai fatti intervenuti nel tempo.

Va, dunque, pronunciata la separazione personale come richiesta dalla ricorrente, tenuto conto anche del fatto che, pur evocato per l'interrogatorio formale, il convenuto non

si è presentato in udienza (232 c.p.c.).

QUANTO AI FIGLI: M.

La figlia dei coniugi, M, è sin dalla nascita invalida al 100%, come da certificazione in atti, rientrando dunque nell'ambito della categoria dei soggetti con disabilità "grave". Ai sensi dell'art. 155-quinquies c.c.¹, *ai figli maggiorenni portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori*. Il Collegio deve interrogarsi d'ufficio circa la necessità del formale affidamento della ragazza, pur in assenza di domande delle parti, atteso che le disposizioni relative ai figli minorenni (e maggiorenni equiparati) sono sottratte all'art. 112 c.p.c. e alla negoziabilità delle parti.

Secondo taluni, l'inciso "*integralmente*" avrebbe reso applicabili al maggiorenne gravemente disabile tutte le norme previste per i minori e, quindi, anche gli artt. 155, 155-bis c.c. in punto di affidamento bi- o mono- genitoriale.

Secondo certa giurisprudenza di merito (v. Trib. Mantova, sez. I civ., decreto 11 novembre 2010 in *www.ilcaso.it*), invece, il richiamo integrale dell'art. 155/5 c.c. non si riferirebbe pure all'affido, posto che, con il raggiungimento della maggiore età, viene meno la presunzione legale di incapacità e, qualora il soggetto risulti privo della naturale capacità di intendere e volere, si potrà fare ricorso ad altri istituti giuridici (interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno). Nel solco tracciato dalla giurisprudenza ricordata (così pure, Trib. Reggio Emilia, sez. I, 6 novembre 2007) si colloca quel pensiero di Dottrina ad avviso del quale la Legge 54/2006 (con l'art. 155-quinquies c.c.) "*non può riferirsi all'esercizio di una potestà genitoriale che, dopo il raggiungimento della maggiore età, non esiste più*". La norma, allora, andrebbe circoscritta all'obbligo del mantenimento, alla cura personale, al diritto a beneficiare dell'habitat domestico per il sano sviluppo della personalità. Discostandosi, però, dalla giurisprudenza già illustrata, questa corrente di pensiero estende il fascio applicativo dell'art. 155-quinquies c.c. richiedendo al giudice un formale provvedimento in ordine al diritto di visita del genitore non collocatario, al collocamento del maggiorenne presso uno dei genitori e, anche, al formale affidamento.

Reputa il Collegio che, in presenza di figli maggiorenni con grave disabilità, il provvedimento di affidamento non sia applicabile. E' vero che il richiamo alle norme previste per i minori è "*integrale*", ma pur sempre attraverso il filtro della compatibilità logica e giuridica, potendosi pervenire altrimenti alla conseguenza di una applicazione meramente formale delle norme per i minorenni, non rispettosa della necessità di guardare sempre alla "*ratio*" della legge che, nel caso di specie, come hanno scritto i Commentatori, è quella di "*colmare un vuoto normativo*". Ebbene, l'affidamento della prole (al genitore in via esclusiva o in modo condiviso a entrambi i genitori) presuppone la minore età del figlio, essendo l'istituto della potestà genitoriale disegnato dal Legislatore per sopperire alla mancanza di capacità di agire in capo al soggetto rappresentato. Ma con il raggiungimento della maggiore età, la capacità di agire non può essere né inibita, né limitata se non con ricorso alle misure di protezione dei soggetti privi in tutto o in parte di autonomia. Vi è, peraltro, che applicando *tout court* al figlio maggiorenne gravemente disabile l'istituto dell'affidamento, si rischierebbe di violare il suo diritto fondamentale a partecipare al processo in cui vengono adottate scelte limitative della sua capacità di agire, posto che, nel processo di separazione, in genere, questi non è parte sostanziale. Ancora: si applicherebbe un istituto di protezione giuridica, riservato ai minori, più limitativo rispetto ad alcuni previsti per gli adulti (come l'amministrazione di sostegno) che si modella ad hoc sulle esigenze di protezione e lascia ampi spazi di autonoma decisione senza necessità di

¹ Articolo inserito dall'art. 1, comma 2, L. 8 febbraio 2006, n. 54

intervento alcuno da parte di terzi. E ancora: l'handicap grave può essere pure solo fisico, rivelandosi in questo caso l'affidamento ope legis un elemento non di tutela, bensì di discriminazione, atteso che il figlio maggiorenne ha piena libertà di scelta quanto al rapporto con ciascuno dei genitori, mentre quello con grave disabilità (solo fisica) verrebbe ad essere "espropriato" di alcune di queste scelte in ragione di una mera menomazione della persona che non incide sulla capacità di volere e discernere.

In conclusione, vanno estese al maggiorenne gravemente disabile solo le norme compatibili, guardando alla ratio legis dell'intervento normativo e, quindi, in linea di principio: il diritto al mantenimento, il diritto alla casa familiare, il diritto all'audizione.

La figlia ha quindi sicuro diritto al mantenimento da parte del padre, che conserva il diritto di frequentarla, vederla e stare con lei. Il mantenimento deve tenere conto delle risultanze probatorie. E', infatti, emerso che il padre, diversamente da quanto sosteneva la madre, non è titolare di trattamento pensionistico e l'INPS ha pure rigettato la richiesta per la pensione di vecchiaia per la mancanza del requisito contributivo (v. risposta dell'Inps alla richiesta di questo giudice ex art. 210 c.p.c.: nota del 10 settembre 2010).

La somma del mantenimento va, dunque, confermata nella misura stabilita dal Presidente del Tribunale, quale contributo minimo che deve comunque gravare sul genitore responsabile per il mantenimento dei figli bisognosi di supporto non solo morale ma anche economico. La somma, rivalutata all'attualità, è pari (approssimando per eccesso) ad Euro 312,00. Nulla va invece stabilito in favore del figlio S, atteso che, alla luce di tutte le circostanze economiche provate, risulta sufficientemente capace di provvedere a sé con la retribuzione percepita.

QUANTO AL MANTENIMENTO DELLA RICORRENTE

I motivi sopra esposti valgono quale riferimento pure per la determinazione dell'assegno di mantenimento, non avendo la ricorrente fornito altre prove al di fuori di quelle minime versate in atti. L'assegno di mantenimento va quindi confermato in Euro 200,00 come stabilito in sede presidenziale. La somma, rivalutata all'attualità, è pari (approssimando per eccesso) ad Euro 210,00. L'assegno è equo tenuto conto delle disponibilità economiche di cui può godere la ricorrente (limitate), della costante presenza dei due figli maggiorenni nella sua vita (entrambi legati) alla mamma anche economicamente) e, quanto al marito, della sua sostanziale ammissione implicita dei fatti (disponibili) dedotti dalla moglie, giusta l'applicazione dell'art. 232 c.p.c., dovuto in ragione del complessivo comportamento del resistente con la famiglia, nonché le altre prove versate in atti.

SPESE DI LITE

Le spese di lite vanno dichiarate irripetibili.

La parte convenuta non ha resistito alla domanda e la separazione personale dei coniugi va necessariamente pronunciata con l'intervento giudiziale che, dunque, non è causato dalla controparte. Né può ritenersi che vi sia una soccombenza per non avere sottoscritto un accordo congiunto atteso che le spese si ricollegano a un contegno processuale e non ad un atteggiamento pre-trial che non si rivesta del carattere dell'abuso.

P.Q.M.

visti gli artt.151, 155-quater, 156 cod. civ.

il Tribunale di Varese, prima sezione civile, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando sulla domanda di A contro D, disattesa ogni ulteriore eccezione ed istanza, così provvede:

visto l'art. 151, comma I, cod. civ.

DICHIARA

la separazione personale dei coniugi, cod. fisc. ..., Nata e, Nato a, i quali hanno contratto matrimonio in, Spagna, in data, trascritto nei registri dello Stato civile del Comune di anno ... 5

visto l'art. 155, 155-quinquies, cod. civ

PONE

a carico di D, l'obbligo di corrispondere a A, la somma di euro 312,00 a titolo di contributo mensile per il mantenimento (indiretto) della figlia maggiorenne disabile La somma dovrà essere versata entro il giorno 30 di ogni mese (per febbraio: il 28) e sarà rivalutabile annualmente sulla base degli indici ISTAT relativi all'andamento dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati, con decorrenza dall'1 gennaio 2012. Le spese a carattere straordinario saranno sostenute dai coniugi in misura pari alla metà (in particolare: scolastiche, dentistiche, sportive e spese mediche non coperte dal SSN).

visto l'art. 156, comma I, cod. civ.

PONE

a carico di D, l'obbligo di corrispondere a A, la somma di euro 210,00 a titolo di contributo mensile per il sup mantenimento. La somma dovrà essere versata entro il giorno 30 di ogni mese (per febbraio: il 28) e sarà rivalutabile annualmente sulla base degli indici ISTAT relativi all'andamento dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati, con decorrenza dall'1 gennaio 2012.

COMPENSA

integralmente le spese di lite tra le parti.

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

DISPONE

che, a cura dell'ufficiale dello stato civile competente, l'odierna sentenza sia annotata nell'atto di matrimonio dei coniugi, trascritto nei registri dello Stato civile del Comune di

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

MANDA

alla cancelleria per quanto di competenza.

Così deciso in Varese, nella Camera di consiglio del 21 aprile 2011

L'estensore
DOTT. GIUSEPPE BUFFONE

Il Presidente
PRES. FRANCESCO PAGANINI