

TRIBUNALE DI PISA; decreto 19 dicembre 2007; Pres. DELL'OMO; Est. PICARDI.

Separazione personale – Soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale – Provvedimenti opportuni – Giudice del procedimento in corso – Tribunale in composizione collegiale – Dominus del procedimento (Cc, articolo 155; Cpc , articolo 709-ter).

Con la pronuncia in esame, il Tribunale di Pisa ha sostenuto che la locuzione «*giudice del procedimento in corso*» di cui al primo comma dell'art. 709-ter cod. proc. civ. deve interpretarsi come «Tribunale in composizione collegiale» e non come «Giudice istruttore», sul rilievo, tra le altre argomentazioni, che il giudizio di separazione è di attribuzione collegiale e non monocratica, con la conseguenza che, in cause del genere, il collegio è il *dominus* del procedimento, mentre il giudice istruttore è titolare di limitati poteri, circoscritti allo svolgimento dell'istruttoria (artt. 175 e ss. cod. proc. civ.) ovvero alla sola adozione di provvedimenti urgenti.

Il Tribunale di Pisa, in composizione collegiale, composto dai seguenti magistrati;

Dott. Marca Dell'omo.	Presidente
Dott. Stefano Tocci	Giudice
Dott. Francesca Picardi	Giudice relatore

PREMETTE

Nella memoria dei 5 dicembre 2007 G.O. esponeva di aver stipulato un contratto di lavoro con la casa editrice avente sede a Milano, con decorrenza dal 1° gennaio 2008, e di avere pertanto necessità di trasferirsi a Milano; chiedeva pertanto, ai sensi dell'art., 709 ter c.p.c., autorizzarsi il trasferimento della residenza del figlio minore L. a Milano nella casa di C.

P. D. M. si opponeva, avendo peraltro già chiesto, nella memoria del 7 novembre 2007, disporsi, in caso di trasferimento della controparte a Milano, la permanenza dei minore a Pisa, presso la casa coniugale, con il padre.

OSSERVA

1. La ricorrente, nel formulare la presente istanza, ha espressamente richiamato l'art. 709 ter in via preliminare occorre pertanto individuare l'organo a cui la decisione va rimessa.

Secondo quanto dispone l'art. 709 ter c.p.c, per la soluzione di tali controversie è competente il giudice dei procedimento in corso ovvero, nei caso di specie, pendendo tra le parti giudizio di

separazione. dinanzi al Tribunale di Pisa, è competente il giudice del Tribunale di Pisa nella medesima composizione collegiale. In proposito deve precisarsi che, mentre la seconda parte del comma 1 dell'art. 709 *ter* c.p.c., che si occupa dei procedimenti di cui all'art. 710 c.p.c., fa riferimento al Tribunale, da intendersi necessariamente quale ufficio giudiziario, la prima parte fa riferimento al giudice: l'espressione giudice è talvolta usata dal legislatore al fine di indicare genericamente l'ufficio giudiziario, ma nel caso di specie, stante la differente terminologia utilizzata nella prima parte e nella seconda parte della disposizione di qua, sembra doversi identificare il giudice come il titolare del procedimento. In altre parole l'art. 709 *ter* c.p.c., nella prima parte, opera sia come criterio di competenza, individuando tra più Tribunali quello investito della decisione, sia come criterio di assegnazione del procedimento, individuando tra più giudici all'interno del medesimo ufficio quello a cui affidare la controversia, nel chiaro intento di concentrare le decisioni inerenti ad una famiglia in un unico giudice, in questo modo evitando che le parti si trovino sempre di fronte ad un nuovo interlocutore.

Il giudice del procedimento non è tuttavia giudice istruttore, in quanto il giudizio di separazione è di attribuzione collegiale e non monocratica: più precisamente, nelle cause di attribuzione collegiale, mentre il collegio è il *dominus* del procedimento, il giudice istruttore è titolare di limitati poteri, circoscritti allo svolgimento dell'istruttoria (cfr. artt. 175 ss. c.p.c.) ed all'adozione di provvedimenti urgenti. A ciò si aggiunga che il legislatore, che ha ben chiara la distinzione tra giudice titolare del procedimento e giudice istruttore, ben avrebbe potuto utilizzare tale ultima locuzione, come avviene in altri articoli del codice. Né pare decisivo l'art. 179, c.p.c., che, da un lato, fa salva la diversa previsione del legislatore, e, dall'altro lato, si riferisce a condanne a pene pecuniarie di modestissima entità; ad ogni modo, il richiamo di tale articolo non sarebbe pertinente nel caso di specie, in cui non è stata chiesta l'applicazione di una sanzione.

Del resto appare contraddittoria rimettere la decisione al collegio ove la lite sia insorta successivamente alla conclusione di un procedimento di separazione e/o divorzio (i procedimenti ex art. 710 c.p.c., a cui rinvia l'art. 709 *ter*, comma 1, seconda parte c.p.c., sono procedimenti in camera di consiglio di attribuzione collegiale) e rimettere la decisione ad un giudice monocratico, ove la lite sia insorta nel corso del procedimento di separazione e divorzio o ancora operare una distinzione a seconda, del momento in cui viene presentata l'istanza o in cui si perviene alla sua decisione (se nel corso dell'istruttoria o al suo esito), distinzione che essendo del tutto casuale risulterebbe in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza e del giudice naturale precostituito per legge e che inoltre, appare priva di una ragionevole giustificazione.

Per mera completezza, va osservato che tale soluzione interpretativa appare garantire maggiormente le parti, in quanto, richiamando l'art. 709 *ter*, ultimo comma c.p.c. i mezzi di impugnazione ordinaria, ove la decisione *de qua* fosse adottata con ordinanza del giudice istruttore, alle parti non resterebbe che prospettare la questione al collegio ai sensi dell'art. 178, comma 1, c.p.c. al momento della precisazione delle conclusioni, non potendo certamente invocarsi l'applicazione analogica o estensiva dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. avverso provvedimenti che non hanno natura cautelare, essendo strumentali alla risoluzione dei conflitti che in concreto insorgono in ordine all'esercizio della potestà e/o alle modalità di affidamento ed alla applicazione di misure sanzionatorie. In questo modo, invece, il collegio si pronuncia immediatamente, ferma la possibilità, su richiesta delle parti, di confermare o rivedere la statuizione al momento della sentenza, avverso la quale è possibile proporre l'appello.

2 Nel caso di specie, la presente istanza non è tuttavia riconducibile all'art. 709 *ter* c.p.c., non essendo diretta né a risolvere una controversia insorta relativamente all'esercizio della potestà e/o alle modalità di affidamento né a denunciare ed sanzionare le inadempienze dell'altro genitore, e va riquadrata, in virtù del principio *iura novit curia*, quale istanza diretta alla modifica del provvedimento del presidente del Tribunale del 2 luglio 2007; nella parte in cui stabilisce l'affido condiviso del figlio minore con collocazione privilegiata presso la madre nel domicilio di Pisa.

In proposito occorre osservare che la residenza del minore è una questione di cui, in linea di principio, deve occuparsi il giudice nell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. e 155 *quater*, comma 1, c.c., in quanto si tratta di un aspetto che è necessario affrontare sia al fine di stabilire i tempi e le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore sia al fine di decidere circa l'assegnazione della casa coniugale, che, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, può avvenire solo a favore del genitore con cui abita, quantomeno in via prevalente, il minore. Non può tuttavia escludersi che, in assenza di conflittualità tra le parti, il giudice eviti di disciplinare in modo puntuale tale punto. Nel caso in esame, tuttavia, come, si evince chiaramente dalla motivazione e dal dispositivo, il provvedimento del 2 luglio 2007 stabilisce, in modo chiaro ed inequivoco, che il minore deve abitare a Pisa.

Da tale premessa discende che, avendo il Presidente individuato il luogo di residenza del minore, non vi è spazio sul punto per una controversia tra i genitori sulle modalità di affidamento del minore, controversia che può configurarsi solo su quelle questioni che non sono già puntualmente previste e disciplinate dal giudice e che i genitori devono quotidianamente affrontare nella concreta attuazione del regime di affidamento vigente.

In conclusione la presente istanza, essendo diretta alla modifica del provvedimento del Presidente del Tribunale ed essendo priva di finalità sanzionatorie nei confronti dell'altro genitore, va ricondotta all'art. 709, ultimo comma, c.p.c. e rimessa pertanto alla decisione del giudice istruttore.

Per mera completezza, va precisato che correttamente la ricorrente ha sottoposto la questione all'autorità giudiziaria, in quanto, ove avesse modificato unilateralmente il luogo di abitazione del minore, trasferendolo in città diversa e lontana da quella di Pisa, in spregio al contenuto del provvedimento del Presidente del Tribunale, si sarebbe esposta alle conseguenze di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., ponendo in essere un grave inadempimento ed un comportamento idoneo ad ostacolare il corretto svolgimento delle modalità di affidamento. A ciò si aggiunga che, anche ove il provvedimento del Presidente non si fosse occupato espressamente del luogo di residenza del minore, in regime di affido condiviso, la relativa decisione deve essere adottata di comune accordo dai genitori, in applicazione dell'art. 155, comma 3, c.c., trattandosi di una delle decisioni di maggior interesse per i figli, parimenti a quelle concernenti la loro istruzione, educazione e salute, e pertanto, in mancanza di accordo tra i coniugi, deve essere rimessa al giudice. Né a conclusioni diverse può pervenirsi in base al disposto dell'art. 155 *quater*, comma 2, c.c., che si limita a confermare la libertà del genitore di modificare il luogo della propria residenza, ma nulla stabilisce relativamente alla decisione relativa alla residenza del minore.

.

P.Q.M.

- a) dichiara non luogo a provvedere, rimettendo la decisione al giudice istruttore;
- b) si comunichi.

Pisa, 19 dicembre 2007