

Rapporto esplicativo
sulla revisione
del Codice civile (autorità parentale)
e del Codice penale (art. 220)

Gennaio 2009

Compendio

Secondo il diritto attuale, in caso di divorzio l'autorità parentale è attribuita alla madre o al padre. Tuttavia, su richiesta congiunta dei genitori, il giudice dispone la prosecuzione dell'esercizio in comune dell'autorità parentale, purché ciò sia compatibile con il bene del figlio e i genitori sottopongano al giudice per omologazione una convenzione che determini la loro partecipazione alla cura del figlio e la ripartizione delle spese del suo mantenimento. Se i genitori non sono coniugati, l'autorità parentale compete alla madre. Anch'essi possono richiedere l'autorità parentale congiunta alle stesse condizioni previste per i genitori divorziati.

Da diversi anni tale normativa è oggetto di critiche provenienti dal mondo politico, dalla dottrina e dalle associazioni dei padri. In particolare, non prende in sufficiente considerazione l'interesse del bambino, che, per svilupparsi in modo armonioso, ha bisogno di entrambi i genitori. Crea inoltre una disparità di trattamento tra il padre e la madre. In caso di divorzio, un genitore, il più sovente il padre, perde il suo ruolo di educatore e rappresentante del figlio. Spesso è relegato al rango di visitatore e di pagatore. La possibilità di chiedere l'autorità parentale congiunta – che doveva permettere di ovviare a tale situazione insoddisfacente – ha mostrato i propri limiti. Infatti, la condizione di una richiesta congiunta dei genitori comporta non di rado che uno dei due subordini il suo consenso all'ottenimento di vantaggi o lo neghi senza motivo, il che corrisponde in pratica a un diritto di veto. In assenza di accordo tra i genitori, l'autorità parentale non può difatti essere imposta. Occorre inoltre osservare che il numero di genitori che scelgono l'autorità parentale congiunta è in aumento. Infine, il diritto svizzero è in ritardo rispetto all'evoluzione cui si assiste in Europa. La maggior parte dei Paesi europei prevede come regola il mantenimento dell'autorità parentale congiunta dopo il divorzio.

Appare pertanto logico istituire il principio dell'autorità parentale congiunta sia per i genitori divorziati sia per quelli non coniugati.

A tal fine, l'avamprogetto di revisione del Codice civile sancisce i principi seguenti:

A. Genitori divorziati

Esso mantiene per legge l'autorità parentale congiunta dopo il divorzio. Per assicurarne il buon funzionamento, obbliga i genitori a sottoporre al giudice le loro proposte relative alla cura del figlio e alla ripartizione delle spese di mantenimento. Tuttavia il giudice può, d'ufficio oppure su richiesta di un genitore o di entrambi, attribuire l'autorità parentale al padre o alla madre. La decisione è presa tenendo conto del bene del figlio.

B. Genitori non coniugati

Per i genitori non uniti in matrimonio l'avamprogetto prevede soluzioni differenti a seconda che la filiazione paterna sia stata accertata per riconoscimento o mediante sentenza di paternità.

In caso di riconoscimento, l'autorità parentale è attribuita per legge a entrambi i genitori, che non sono tenuti a stabilire in una convenzione le modalità della cura del figlio né il loro contributo di mantenimento. I genitori si accordano tra di loro. In caso di disaccordo, possono rivolgersi all'autorità di protezione dei minori. L'autorità parentale può essere attribuita al padre o alla madre su richiesta congiunta o di un genitore. In assenza di riconoscimento l'autorità parentale compete alla madre.

Se la filiazione paterna risulta da un'azione di paternità, l'autorità parentale compete alla madre. Il padre può tuttavia chiedere al giudice competente per tale azione l'attribuzione dell'autorità parentale congiunta, purché ciò sia compatibile con il bene del figlio.

L'avamprogetto di revisione del Codice penale ne modifica l'articolo 220. D'ora in avanti sarà punibile anche chi si rifiuta di affidare un minorenni al titolare del diritto di visita.

1 Punti essenziali del progetto

1.1 Antefatti

Già nel 1976

Il principio dell'autorità parentale congiunta si sta facendo strada da una trentina d'anni. Già nel 1976, nell'ambito della revisione del diritto della filiazione, il consigliere nazionale Condrau aveva proposto di permettere al giudice di affidare l'autorità parentale ai due genitori anche dopo il divorzio¹. Il legislatore aveva respinto senza discussioni la proposta per timore che tale soluzione desse luogo a troppi conflitti riguardanti la custodia e le relazioni personali. Nel 1983, in risposta al postulato Mascarin (83.346), il Consiglio federale si era dichiarato disposto a valutare la possibilità di istituire l'autorità parentale congiunta dopo il divorzio. A partire dal 1988 alcuni giudici di prima istanza hanno accordato l'autorità parentale congiunta a genitori divorziati. Il Tribunale ha tuttavia stabilito chiaramente che ciò non era previsto dal diritto svizzero e spettava al legislatore e non ai giudici istituire l'autorità parentale congiunta.

Dal 2000: autorità parentale congiunta su richiesta comune

La questione se istituire l'autorità parentale congiunta dopo il divorzio si è riproposta in occasione della revisione del diritto del divorzio e della filiazione², entrata in vigore il 1° gennaio 2000. I pareri espressi nella procedura di consultazione sono stati perlopiù positivi. Il legislatore ha tuttavia deciso di non sancire il principio dell'autorità parentale congiunta, non ritenendolo conforme alla realtà svizzera. Ha comunque aperto una breccia, dando la possibilità di mantenere, a determinate condizioni, l'esercizio dell'autorità parentale congiunta da parte dei genitori divorziati. Ha inoltre permesso l'esercizio dell'autorità parentale congiunta anche ai genitori non coniugati. Sarebbe stato infatti contraddittorio accordarlo ai genitori divorziati ma non a quelli non uniti in matrimonio. Il legislatore ha ritenuto che la decisione personale di non sposarsi non doveva avere ripercussioni negative sul figlio.

Dal 2004: numerose richieste volte a sancire il principio dell'autorità parentale congiunta

La questione di sancire il principio dell'autorità parentale congiunta è diventata d'attualità dal 2004 con il deposito di svariati interventi parlamentari, la pubblicazione di numerosi studi e le azioni di organizzazioni a tutela degli interessi dei padri. Queste diverse iniziative hanno portato a elaborare il presente avamprogetto di revisione del Codice civile (CC).

¹ Boll. Uff. **1975** N 1777

² Messaggio del Consiglio federale del 15 novembre 1995 sulla revisione del Codice civile svizzero (stato civile, matrimonio, filiazione, assistenza tra parenti, asili di famiglia, tutela e mediazione matrimoniale), FF **1996** I 1 segg.

1.2 Diritto vigente

1.2.1 Principi

Attribuzione dell'autorità parentale a un solo genitore in caso di divorzio

Mantenimento dell'autorità parentale congiunta su richiesta comune dei genitori

Il nuovo diritto del divorzio non ha messo fundamentalmente in questione il sistema dell'autorità parentale. Il legislatore ha mantenuto il principio dell'attribuzione dell'autorità parentale a un solo genitore (cfr. art. 133 cpv. 1 Codice civile [CC]³). Tuttavia, a istanza comune dei genitori, il giudice dispone la prosecuzione dell'esercizio in comune dell'autorità parentale, purché ciò sia compatibile con il bene del figlio e i genitori gli sottopongano per omologazione una convenzione che stabilisca la loro partecipazione alla cura del figlio e fissi la ripartizione delle spese del suo mantenimento (cfr. art. 133 cpv. 3 CC).

Autorità parentale alla madre se i genitori non sono coniugati

Autorità parentale congiunta su richiesta comune dei genitori

Se i genitori non sono uniti in matrimonio, l'autorità parentale compete per legge alla madre (cfr. art. 298 cpv. 1 CC). Ma a richiesta congiunta dei genitori l'autorità tutoria può attribuire l'autorità parentale in comune ai due genitori (cfr. art. 298a cpv. 1 CC). Per evitare qualsiasi discriminazione ingiustificata, il legislatore non ha voluto subordinare la concessione dell'autorità parentale congiunta alla convivenza dei genitori.

1.2.2 Critiche

Interesse del figlio considerato in misura insufficiente

Disparità di trattamento tra padre e madre

In caso di divorzio occorre tutelare il figlio. Secondo gli specialisti dell'infanzia, per svilupparsi armoniosamente il bambino ha bisogno di conservare, nella misura del possibile, legami stretti con entrambi i genitori. Il miglior modo per conseguire tale obiettivo consiste nel mantenere la coppia genitoriale anche se la coppia coniugale non esiste più, il che è possibile soltanto mantenendo l'autorità parentale congiunta. La regola attuale, che attribuisce l'autorità parentale esclusivamente a un genitore, separa tuttavia la coppia genitoriale. Dallo studio del Fondo nazionale (PNR 52) dal titolo «I bambini e il divorzio: influenza della prassi giuridica sulle transizioni famigliari»⁴ (di seguito: studio PNR 52) risulta che sulle 2112 coppie divorziate interpellate, l'autorità parentale è stata attribuita esclusivamente alla madre nel 61,5 per cento dei casi, mentre è stata accordata al padre in appena il 3 per cento dei casi; nel 35,5 per cento dei casi è stata mantenuta l'autorità parentale congiunta. Tali cifre corrispondono a quelle dell'Ufficio federale di statistica:

³ RS 210

⁴ Studio condotto dai professori Andrea Büchler (Zurich) e Heidi Simoni (Zurich); si veda il capitolo 1.3.4 qui appresso. Indirizzo Internet: http://www.nfp52.ch/f_dieprojekte.cfm?0=0&kati=0&Projects.Command=details&get=33

Attribuzione dell'autorità parentale dal 2000 al 2007

Anno	Alla madre	Al padre	Ai due genitori
2000	6 373	523	1 189
2001	8 569	682	2 861
2002	8 463	826	3 379
2003	8 744	734	3 319
2004	8 926	738	3 998
2005	10 898	935	4 487
2006	10 450	966	4 678
2007	8 846	745	4 981

Il genitore privato dell'autorità parentale, il più sovente il padre, perde il suo ruolo di rappresentante e di educatore del figlio. Si sente relegato al rango di pagatore con diritto di visita⁵. Tale situazione nuoce al genitore, che viene privato della responsabilità nei confronti del figlio, ma è ancor più dannosa per il bambino il cui sviluppo può essere compromesso gravemente e in modo duraturo⁶. Inoltre, siccome l'autorità parentale è concessa perlopiù alla madre, quest'ultima può subordinare il suo consenso all'autorità parentale congiunta all'ottenimento di vantaggi su altri punti; in cambio del suo accordo essa può ad esempio chiedere una pensione alimentare più elevata. D'altro canto, può negare il consenso senza motivo. E in mancanza di un accordo l'autorità parentale congiunta non può essere imposta. Questa situazione è nefasta per il figlio. L'autorità parentale congiunta così come disciplinata attualmente non costituisce dunque una valida alternativa⁷.

L'attribuzione per legge dell'autorità parentale a un genitore (cfr. art. 133 cpv. 1 CC) era stata criticata ancor prima dell'entrata in vigore della revisione del diritto del divorzio nel 2000⁸. Da allora le critiche non sono diminuite. Al contrario: voci sempre

⁵ Martin Stettler, Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce, *in*: Pichonnaz/Rumo-Jungo (edit.), *Enfant et divorce*, Ginevra/Zurigo/Basilea 2006.

⁶ Boll. Uff. **2005** N 1498

⁷ Boll. Uff. **2005** N 1500

⁸ Martin Stettler, Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce, *in*: Pichonnaz/Rumo-Jungo (edit.), *Enfant et divorce*, Ginevra/Zurigo/Basilea 2006. Secondo Dominique Manai (Les enfants du divorce entre la déficience du couple conjugal et la survivance du couple parental, *in*: Bodenmann Guy/Perrez Meinrad (edit.), *Le divorce et ses conséquences*, *Freiburger Beiträge zur Familienforschung*, Berna 1996, pag. 212): «Sarebbe stato preferibile ribaltare la norma e sancire il principio dell'autorità parentale congiunta, la quale permette alla relazione parentale di sopravvivere anche se la coppia coniugale si è rotta. La legge avrebbe sancito la responsabilità parentale che discende dall'autorità congiunta come modello di riferimento, conciliando i due registri della perennità della famiglia e dell'autonomia dell'individuo. Tale ribaltamento della norma risponde alla volontà di coerenza, nella misura in cui rispetta sia il desiderio di mantenere la struttura familiare bicefala (un padre e una madre) nonostante la separazione, sia le casualità risultanti dalla libertà degli adulti» (traduzione).

più numerose, che si levano dal mondo politico, dalla dottrina e dalle associazioni dei padri, chiedono di rivedere la legge e di prevedere come regola l'autorità parentale congiunta.

Soluzione inadeguata all'evoluzione della mentalità

Sempre più genitori optano per l'autorità parentale congiunta. A livello svizzero nel 2000 sono rimasti sotto autorità parentale congiunta 1189 minori, ossia il 15 per cento dei figli minorenni i cui genitori hanno divorziato. Nel 2007 questo numero è passato a 4981, pari a un tasso del 34 per cento. L'autorità parentale congiunta è mantenuta più sovente nei Cantoni latini (42 % nel 2007) che in quelli della Svizzera tedesca (30 % nel 2007)⁹. Sulla scorta delle esperienze maturate all'estero, si può supporre che tali cifre potrebbero essere più elevate se l'attuale disciplinamento dell'autorità parentale congiunta non concedesse in pratica un diritto di veto alla madre.

Lo studio PNR 52 mostra che la grande maggioranza dei padri privati dell'autorità parentale dopo il divorzio vorrebbe riacquistarla¹⁰.

In ritardo rispetto al diritto estero

Il diritto svizzero è in ritardo rispetto all'evoluzione cui si assiste in Europa. La grande maggioranza dei Paesi europei prevede infatti di mantenere l'autorità parentale congiunta dopo il divorzio (n. 1.4.1 qui di seguito). La Svizzera ha sempre cercato di avere un diritto della filiazione al passo con i tempi. Sarebbe dunque auspicabile un allineamento alle legislazioni estere.

1.3 Genesi dell'avamprogetto di revisione del Codice civile

1.3.1 Postulato Wehrli

Il postulato *Wehrli* (04.3250 – Autorità parentale. Parità di diritti) del 7 maggio 2004 incarica il Consiglio federale di esaminare la possibilità di favorire l'autorità parentale in comune per genitori non coniugati o non più uniti in matrimonio, e la possibilità che l'autorità parentale in comune rappresenti la regola. Il 7 ottobre 2005 Consiglio nazionale ha accolto il postulato a forte maggioranza (136 voti a 44)¹¹.

Il postulato rammenta che il diritto attuale, esigendo una richiesta comune dei genitori divorziati o non uniti in matrimonio per esercitare l'autorità parentale congiunta, non dà all'uomo alcuna possibilità di condividere l'autorità parentale e di assumersi la responsabilità dell'educazione dei figli se la donna vi si oppone; una tale situazione aggrava inoltre il rischio di un'interruzione delle relazioni, a scapito del figlio.

Il presente avamprogetto tiene pienamente conto del postulato.

⁹ Ufficio federale di statistica, Sezione Demografia e migrazione, Divorzio: attribuzione dell'autorità parentale su figli minorenni.

¹⁰ Indirizzo Internet:
http://www.nfp52.ch/f_dieprojekte.cfm?0=0&kati=0&Projects.Command=details&get=33

¹¹ Boll. Uff. 2005 N 1502

1.3.2 Mozione della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale

La mozione della *Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale* (05.3713 – Diritto del divorzio. Revisione delle disposizioni relative alle prestazioni di previdenza e agli interessi dei figli) del 10 novembre 2005 incarica il Consiglio federale di esaminare la necessità di rivedere le disposizioni relative alle prestazioni di previdenza e agli interessi dei figli e di sottoporre al Parlamento le necessarie proposte di revisione. Il Consiglio federale deve tener conto dei risultati dell'inchiesta sul diritto del divorzio svolta presso giudici, avvocati e mediatori (Ufficio federale di giustizia, maggio 2005). La mozione è stata accolta dal Consiglio nazionale il 15 marzo 2006 e dal Consiglio degli Stati il 19 dicembre 2006.

1.3.3 Inchiesta sull'applicazione del diritto del divorzio svolta presso giudici, avvocati e mediatori (maggio 2005)

Il postulato Jutzet del 13 dicembre 2000 (00.3681 – Applicazione del nuovo diritto in materia di divorzio) incarica il Consiglio federale di chiedere ai giudici, agli avvocati e alle rispettive organizzazioni un rapporto sulla loro esperienza nel campo del nuovo diritto in materia di divorzio e di servirsi, se del caso, delle informazioni raccolte per avviare una revisione della legge. Un questionario è stato inviato a 160 tribunali di prima e seconda istanza, a 1510 membri della Federazione svizzera degli avvocati registrati come specialisti in materia di diritto del divorzio, nonché a tutti i membri della Federazione dei mediatori. Sono pervenute complessivamente 950 risposte.

L'inchiesta non rileva problemi legati al principio dell'autorità parentale congiunta¹². Le persone interpellate hanno tuttavia proposto alcune soluzioni per migliorare la situazione e la partecipazione dei padri in relazione all'autorità parentale, ossia: estendere ulteriormente l'articolo 275a CC e concedere un vero diritto di codecisione in caso di decisioni importanti, in particolare in caso di trasloco all'estero; obbligare determinate autorità (ad es. scolastiche) a informare sistematicamente entrambi i genitori; fare un miglior uso dell'articolo 292 CP; infliggere una multa al genitore titolare della custodia del figlio se ostacola il diritto di visita; migliorare il diritto dell'esecuzione, in particolare mediante l'introduzione di una pena pecuniaria; estendere il carattere obbligatorio del diritto di visita; prevedere conseguenze finanziarie in caso di mancato esercizio di tale diritto; accordare diritti di visita più generosi; prevedere una consulenza o una mediazione, se del caso anche contro la volontà delle persone interessate; prevedere più asili nido; incoraggiare il lavoro a tempo parziale.

1.3.4 Studio del Fondo nazionale (PNR 52): I bambini e il divorzio: influenza della prassi giuridica sulle transizioni famigliari

Tra la fine del 2004 e la fine del primo semestre 2006 il Fondo nazionale ha realizzato uno studio¹³ sui bambini e il divorzio. Tale studio, diretto dai professori

¹² Rapporto sull'inchiesta sul diritto del divorzio svolta presso giudici, avvocati e mediatori, Ufficio federale di giustizia, maggio 2005, n. 11.

¹³ Indirizzo Internet:
http://www.nfp52.ch/f_dieprojekte.cfm?0=0&kati=0&Projects.Command=details&get=33

Andrea Büchler e Heidi Simoni è stato svolto presso 2112 genitori divorziati di Zurigo, Basilea Città e Basilea Campagna.

Risulta che l'86 per cento dei genitori interpellati si ripartisce i compiti genitoriali secondo il modello tradizionale, indipendentemente dall'attribuzione dell'autorità parentale. Nel caso dei genitori con autorità parentale congiunta, soltanto il 16 per cento condivide la responsabilità parentale e la custodia dei figli nella vita quotidiana.

Se l'autorità parentale è detenuta soltanto dalla madre, il 75 per cento dei padri con diritto di visita vorrebbe una sua diversa attribuzione, contro appena il 10 per cento delle madri titolari della custodia del figlio. Se i genitori hanno optato per l'autorità parentale congiunta con una ripartizione tradizionale dei compiti, soltanto il 9 per cento dei padri con diritto di visita e il 29 per cento delle madri che detengono la custodia desidera l'attribuzione dell'autorità parentale a un solo genitore.

1.4 Diritto comparato e rapporto con il diritto internazionale

1.4.1 Diritto comparato

In Europa si assiste a un'evoluzione tesa a migliorare la situazione giuridica del padre, anche quando non è unito in matrimonio con la madre. In generale i legislatori europei privilegiano l'esercizio in comune dell'autorità parentale, sia per i genitori divorziati sia per quelli non coniugati. Le modalità di tale esercizio in comune divergono tuttavia considerevolmente a seconda dei Paesi.

Germania

L'esercizio in comune dell'autorità parentale è mantenuto in caso di divorzio. In comune i genitori detengono anche il diritto di custodia. Il giudice può porre fine all'autorità parentale congiunta in due casi: su richiesta comune dei genitori (ma il figlio con più di 14 anni può impedirlo segnalando la propria opposizione) o se l'interesse del figlio lo impone. Per evitare eterni conflitti tra i genitori quanto all'esercizio dell'autorità parentale, la legge prevede una condivisione delle competenze. L'accordo di entrambi i genitori è quindi necessario per le decisioni di grande importanza per il figlio. Per contro, il genitore titolare della custodia di fatto ha il diritto di prendere da solo le decisioni di tutti i giorni.

I genitori non uniti in matrimonio detengono l'autorità parentale comune su dichiarazione congiunta fatta prima o dopo la nascita dinanzi a un notaio o all'Ufficio della gioventù. L'attribuzione dell'autorità parentale congiunta non è subordinata a un'eventuale convivenza dei genitori. L'autorità che riceve la dichiarazione non è competente per valutarne l'opportunità; è semplicemente tenuta a procedere alla sua registrazione. Non esamina nemmeno se l'autorità parentale congiunta sia conforme all'interesse del figlio. Se i genitori non hanno fatto una dichiarazione congiunta, l'autorità parentale spetta unicamente alla madre. Il padre ha il diritto di intrattenere relazioni personali con il figlio.

Austria

I genitori conservano l'autorità parentale congiunta dopo il divorzio. Devono stabilire in una convenzione presso quale genitore vivrà il figlio. Questo genitore detiene il diritto di custodia. La convenzione deve essere omologata dal giudice. Se i genitori non stipulano una convenzione o se essa non è conforme al bene del figlio, spetta al

giudice attribuire il diritto di custodia a un genitore. Se i genitori condividono la custodia del figlio e uno di essi desidera porre fine a tale condivisione, il giudice attribuisce la custodia a un genitore in funzione del bene del figlio.

Se i genitori non sono uniti in matrimonio l'autorità parentale compete alla madre. I genitori possono tuttavia chiedere l'esercizio in comune in caso di convivenza. Se non convivono, i genitori possono regolare mediante convenzione l'esercizio dell'autorità parentale in generale oppure il diritto di custodia e il diritto di visita in particolare.

Belgio

In caso di divorzio l'esercizio dell'autorità parentale compete congiuntamente a entrambi i genitori, che convivano o no, a meno che il giudice non abbia deciso altrimenti. I genitori devono accordarsi sull'organizzazione della custodia del figlio e sulle decisioni importanti che lo concernono. In assenza di un tale accordo o se esso è contrario all'interesse del figlio, il giudice può attribuire l'autorità parentale esclusivamente al padre o alla madre. Il genitore privato dell'autorità parentale ha il diritto di intrattenere relazioni personali con il figlio.

I genitori non coniugati esercitano insieme l'autorità parentale, che convivano o no, se la filiazione è stata accertata. Il giudice può attribuire l'esercizio esclusivo dell'autorità parentale a un unico genitore, come in caso di divorzio.

Francia

Di principio dopo il divorzio i genitori continuano a esercitare in comune l'autorità parentale. Il giudice può tuttavia attribuire l'esercizio dell'autorità parentale a un solo genitore se l'interesse del figlio lo impone. Il genitore privato dell'autorità parentale ha un diritto di visita e un diritto a essere informato sulle scelte importanti concernenti la vita del figlio.

Anche se i genitori non sono uniti in matrimonio il principio è quello dell'autorità parentale congiunta, che essi convivano o no. Tuttavia tale principio non si applica se la filiazione è già accertata nei confronti di un genitore, ma l'altro genitore non ha riconosciuto il figlio nell'anno di nascita oppure se la filiazione è stata accertata da un giudice che però non accorda al genitore in questione l'autorità parentale. In questi casi soltanto il genitore la cui filiazione è stata accertata detiene l'autorità parentale. I genitori possono tuttavia convenire, mediante dichiarazione congiunta dinanzi al cancelliere capo del «Tribunal de grande instance», di esercitare in comune l'autorità parentale. L'esercizio in comune dell'autorità parentale può altresì essere sancito da una decisione del giudice per le questioni famigliari.

Italia

In caso di divorzio i genitori restano titolari dell'autorità parentale. L'esercizio dell'autorità parentale compete tuttavia esclusivamente al genitore che detiene la custodia del figlio. Le decisioni di grande importanza per il figlio sono comunque prese congiuntamente dai genitori. Il genitore che non esercita l'autorità parentale ha il diritto e il dovere di provvedere all'educazione del figlio. Può adire un giudice se ritiene siano state prese decisioni contrarie all'interesse del figlio.

Se il figlio è stato riconosciuto da entrambi i genitori, l'autorità parentale è esercitata congiuntamente in caso di convivenza. Se essi non convivono, l'autorità parentale compete al genitore con cui vive il figlio o, se questi non vive con nessuno dei genitori, al primo che l'ha riconosciuto.

Inghilterra e Paese del Galles

I genitori che divorziano conservano l'autorità parentale congiunta. Possono organizzare la custodia del figlio e le sue relazioni con ciascun genitore. Il genitore presso cui vive il figlio prende le decisioni correnti della vita quotidiana, mentre le decisioni più importanti continuano a essere prese di comune accordo dai genitori. Il giudice decide sulla custodia in generale o su questioni specifiche della vita del figlio soltanto se i genitori non riescono a trovare un accordo o se la soluzione adottata compromette il bene del figlio.

Se i genitori non sono uniti in matrimonio, il padre può ottenere l'autorità parentale congiunta con la madre, indipendentemente dal fatto che convivano o no, se i genitori concludono un accordo in tal senso e lo firmano in presenza di un giudice di pace o di un cancelliere giudiziario che certifica le loro firme. L'accordo è in seguito depositato alla cancelleria principale dell'Alta Corte di Londra, dove può essere reso pubblico. Il padre può anche chiedere l'attribuzione dell'autorità parentale per ordine di un tribunale, che l'attribuirà se non vi sono validi motivi per credere che ciò nuocerà al bene del figlio.

Danimarca

In caso di divorzio i genitori possono concludere una convenzione secondo cui continuano a esercitare in comune l'autorità parentale. Tale convenzione può essere redatta utilizzando il modulo allestito dall'autorità pubblica competente, ma non deve essere registrata da quest'ultima per avere forza obbligatoria. In caso di sostanziale cambiamento delle circostanze, tale autorità ha tuttavia la facoltà di modificare la convenzione.

Una nuova legge, entrata in vigore il 1° ottobre 2007, sottolinea l'importanza della cooperazione dei genitori nell'interesse e per il bene del figlio. L'autorità parentale congiunta presuppone che i genitori siano d'accordo su tutte le questioni importanti concernenti il figlio, compresa la scelta del luogo di residenza. Se non riescono a trovare un'intesa su un'altra questione, l'autorità competente organizza un colloquio con i genitori e, in *ultima ratio*, prende una decisione in merito.

Se i genitori non sono uniti in matrimonio, l'autorità parentale compete soltanto alla madre nei casi seguenti: i genitori hanno convenuto tale soluzione; l'autorità competente o il tribunale ha deciso in tal senso; il padre non ha riconosciuto il figlio; il padre non abita con il figlio e la madre da dieci mesi. In tutti gli altri casi l'autorità parentale spetta di principio a entrambi i genitori.

Il trasloco, all'estero o all'interno del Paese, di un genitore, titolare o meno dell'autorità parentale, deve essere segnalato all'altro genitore sei settimane prima, affinché la questione dell'autorità parentale possa essere riesaminata nell'interesse del figlio.

Se vive con un solo genitore, il figlio ha sempre il diritto di intrattenere relazioni personali con l'altro genitore. Il genitore non titolare dell'autorità parentale ha comunque il diritto di essere informato e di partecipare alla vita sociale del figlio.

1.4.2 Rapporto con il diritto internazionale

1.4.2.1 Consiglio d'Europa

Convenzione europea dei diritti dell'uomo

La legislazione e la giurisprudenza degli Stati parte alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) prevedono sempre più spesso la possibilità dell'autorità parentale congiunta. Tuttavia, attualmente non è possibile dedurre dall'articolo 8 CEDU, che protegge la vita privata e familiare, un obbligo degli Stati in tal senso¹⁴.

Il presente avamprogetto di revisione del Codice civile (AP CC) sancisce il principio dell'autorità parentale congiunta come regola. Occorre quindi domandarsi se esso potrebbe comportare una violazione del diritto dei minori alla protezione della loro vita privata e familiare nei casi in cui il loro interesse imponesse l'attribuzione a un solo genitore. Le disposizioni previste, secondo le quali le autorità possono attribuire l'autorità parentale a un solo genitore, offrono tuttavia garanzie sufficienti a tale proposito.

Il presente AP CC non pone dunque alcun problema quanto agli obblighi della Svizzera in materia di protezione internazionale dei diritti dell'uomo.

Altri strumenti

Il 28 febbraio 1984 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato una raccomandazione sulle responsabilità dei genitori¹⁵, che fissa i principi illustrati qui di seguito.

In caso di divorzio le responsabilità parentali sono ripartite tra i due genitori o esercitate congiuntamente se lo desiderano. Se il figlio nasce fuori del matrimonio e la filiazione è accertata soltanto nei confronti di un genitore, le responsabilità competono a quest'ultimo. Se la filiazione è accertata nei confronti dei due genitori, gli Stati membri possono prevedere che le responsabilità parentali siano esercitate 1) soltanto dalla madre, 2) soltanto dal padre, se una decisione è stata presa da un'autorità competente o se è stato concluso un accordo tra i genitori, 3) secondo una ripartizione tra i genitori operata da un'autorità competente o 4) congiuntamente da entrambi i genitori se convivono o se è stato concluso un accordo tra di loro.

In ogni caso, l'obbligo di mantenimento nei confronti del figlio incombe a entrambi i genitori. Il genitore presso cui il figlio non risiede deve avere la possibilità di mantenere relazioni personali con il figlio, tranne se tali relazioni nuocciono seriamente agli interessi di quest'ultimo.

Se le responsabilità parentali sono esercitate congiuntamente dai genitori, ogni decisione che riguarda gli interessi del figlio deve essere presa di comune accordo. Se non vi è intesa, l'autorità competente adita da uno dei genitori deve, se lo richiede l'interesse del figlio, cercare di conciliare i genitori e, se questo tentativo fallisce, prendere le decisioni appropriate.

¹⁴ Cfr. Decisione del 15 marzo 1984 della vecchia commissione nella causa B, R e J contro la Germania, D.R. 36, pag. 138 segg., e Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3^a ed., Monaco di Baviera Basilea Vienna 2008, pag. 213. In parte di altro avviso: Felix Schöbi, Stiefkindadoption und Konkubinat, Recht 2008, pag. 99 segg. (pag. 105 seg.).

¹⁵ Raccomandazione (84) 4

Se le responsabilità parentali sono esercitate congiuntamente dai genitori e uno dei due decede, tali responsabilità competono esclusivamente al superstite. Se decede il genitore che esercita da solo le responsabilità parentali, queste ultime dovrebbero essere esercitate dal genitore superstite, a meno che l'interesse del figlio non esiga un'altra soluzione.

Il presente AP CC è in sintonia con la raccomandazione.

1.4.2.2 Diritto dell'Unione europea

Il diritto dell'Unione europea (UE) non disciplina l'attribuzione dell'autorità parentale. Le giurisdizioni nazionali restano competenti per statuire sulla responsabilità parentale nel Paese in cui risiede il figlio. L'Unione europea ha tuttavia voluto creare un contesto giuridico sicuro per i minori garantendo la libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia di responsabilità parentale all'interno dell'UE. Il 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. 1347/2000¹⁶, determina in quale Stato membro le giurisdizioni sono competenti per statuire sul divorzio e sulla responsabilità genitoriale e come una decisione in materia di responsabilità genitoriale sia riconosciuta ed eseguita in un altro Stato membro.

Inoltre il diritto di essere sentito è un diritto fondamentale sancito all'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁷. L'opinione del minore deve essere presa in considerazione per le questioni che lo riguardano in funzione della sua età e della sua maturità.

1.4.2.3 Nazioni Unite (ONU)

La Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo¹⁸, entrata in vigore per la Svizzera il 26 marzo 1997, prevede che gli Stati parti rispettino il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo (art. 9 n. 3). La Convenzione dà al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità (art. 12). Il presente AP CC rispetta la Convenzione.

1.5 La nuova normativa proposta

Dopo il divorzio: mantenimento per legge dell'autorità parentale congiunta

Il presente AP CC sancisce nella legge il mantenimento dell'autorità parentale congiunta dopo il divorzio. Per assicurarne, nella misura del possibile, il buon

¹⁶ GU L 338 del 23.12.2003, pag. 1

¹⁷ GU C 303 del 14.12.2007, pag. 1

¹⁸ RS 0.107

funzionamento, obbliga i genitori a sottoporre al giudice le loro proposte relative alla cura del figlio e alla ripartizione delle spese di mantenimento.

Tuttavia, il giudice del divorzio può revocare, d'ufficio o su richiesta di un genitore, l'autorità parentale al padre o alla madre se sussistono elementi che lo portano a pensare che l'esercizio congiunto dell'autorità parentale non sia nell'interesse del figlio. Può anche attribuire l'autorità parentale a un solo genitore se i due ne fanno richiesta comune. La decisione deve essere dettata dal bene del figlio.

Genitori non coniugati: autorità parentale congiunta in caso di riconoscimento e autorità parentale alla madre in caso di sentenza di paternità

Per i genitori non uniti in matrimonio l'AP CC prevede soluzioni differenti a seconda che la filiazione paterna sia accertata per riconoscimento o mediante sentenza di paternità.

In caso di *riconoscimento*, l'autorità parentale è attribuita per legge a entrambi i genitori, che non sono tenuti a fissare in una convenzione le modalità della cura del figlio né il loro contributo di mantenimento. I genitori si accordano tra di loro. In caso di disaccordo, possono rivolgersi all'autorità di protezione dei minori. La compatibilità dell'autorità parentale congiunta con il bene del figlio non è esaminata d'ufficio; lo sarà nell'ambito di un'eventuale attribuzione dell'autorità parentale a un solo genitore. È infatti possibile attribuire l'autorità parentale esclusivamente al padre o alla madre su richiesta comune dei genitori o su domanda di uno di loro. La decisione deve essere presa in considerazione del bene del figlio. In assenza di riconoscimento, l'autorità parentale compete per legge alla madre.

Se la filiazione paterna risulta da un'*azione di paternità*, l'autorità parentale compete per legge alla madre. Il padre ha tuttavia il diritto di chiedere al giudice competente per l'azione l'attribuzione dell'esercizio dell'autorità parentale in comune con la madre, purché ciò sia compatibile con il bene del figlio.

1.6 Motivi alla base della soluzione proposta¹⁹

Bene del figlio favorito dal mantenimento della coppia genitoriale: parità di trattamento per il padre e la madre

L'attribuzione dell'autorità parentale a un solo genitore priva senza motivo l'altro dell'autorità parentale. L'autorità parentale congiunta mantiene la coppia genitoriale nonostante il divorzio e pone sullo stesso piano il padre e la madre. È così riconosciuto il ruolo di entrambi i genitori, che condividono la medesima responsabilità quanto all'educazione del figlio. Inoltre, l'autorità parentale congiunta può evitare una rottura tra il figlio e uno dei genitori, frequente in caso di autorità parentale attribuita a un solo genitore. Siccome l'autorità parentale è attribuita il più sovente alla madre (cfr. n. 1.2.2), la rottura interviene solitamente tra il figlio e il padre. L'importanza di quest'ultimo nello sviluppo nel bambino è tuttavia generalmente riconosciuta. Di conseguenza, un numero sempre maggiore di padri, soprattutto i più giovani, rivendica una nuova regolamentazione dell'autorità

¹⁹ Uno studio in particolare funge da punto di riferimento in materia di autorità parentale congiunta. Si tratta di quello svolto in Germania dal professor Roland Proksch: *Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts*, ed. Bundesanzeiger, Colonia 2002. Le argomentazioni di Proksch sono d'altronde riprese a sostegno del postulato Wehrl.

parentale. Lo studio PNR 52 lo dimostra: nei casi in cui l'autorità parentale è assegnata esclusivamente alla madre, il 75 per cento dei padri desidera l'autorità parentale congiunta; nei casi in cui l'autorità parentale congiunta è stata mantenuta dopo il divorzio, il 91 per cento dei padri è soddisfatto della soluzione, mentre il 29 per cento delle madri auspica l'esercizio esclusivo dell'autorità parentale.

Inoltre, secondo il rapporto dell'Ufficio federale di giustizia di maggio 2005 sull'inchiesta sul diritto del divorzio svolta presso giudici, avvocati e mediatori²⁰, l'autorità parentale congiunta si rivela relativamente stabile. Il 26 per cento delle persone che si sono pronunciate sulla questione ha stimato tra l'1 e il 10 per cento la quota dei casi in cui è stata necessaria una nuova regolamentazione.

Riduzione delle ripercussioni negative del divorzio sul figlio

Nella maggior parte dei casi il divorzio rappresenta un'esperienza dolorosa per il figlio. La sua vita familiare va a pezzi. Un genitore – spesso il padre – abbandona il nucleo familiare. Con l'attribuzione dell'autorità parentale a un solo genitore, non è soltanto la coppia coniugale che si separa, ma anche quella genitoriale. È risaputo che il rischio di rottura tra il figlio e il genitore privato dell'autorità parentale è grande.

Invece con l'autorità parentale congiunta i genitori continuano a prendere insieme le decisioni riguardanti il figlio, come durante il matrimonio. Sono così mantenuti una relazione equilibrata e legami stretti tra i genitori e il figlio, che conserva inoltre una certa stabilità. Gli effetti dolorosi del divorzio possono essere attenuati sensibilmente. Il figlio non si ritrova in un conflitto di lealtà tra i due genitori.

Migliore comunicazione e cooperazione tra i genitori per quanto riguarda il figlio

I genitori che condividono l'autorità parentale si capiscono meglio rispetto a quando l'autorità parentale è attribuita esclusivamente a un genitore. Le loro relazioni sono più costruttive.

Motivazione dei genitori a fissare le proprie regole e diminuzione dei conflitti

I genitori trovano soluzioni proprie, e dunque di loro convenienza, per organizzare la vita del figlio, il che comporta quindi meno conflitti tra loro. Questa migliore relazione tra i genitori giova naturalmente anche al figlio.

Migliore esecuzione dell'obbligo di mantenimento

L'obbligo di mantenimento è meglio rispettato in caso di autorità parentale congiunta: nel 76,6 per cento dei casi di autorità parentale in comune a fronte di appena il 58,1 per cento dei casi di autorità parentale esclusiva²¹. Ciò si spiega con il fatto che il mantenimento dell'autorità parentale congiunta rappresenta per ciascun genitore il riconoscimento legale e sociale della sua funzione genitoriale, contribuendo così a

²⁰ N. 11.3

²¹ Proksch, op. cit., pag. 406.

rafforzare il suo senso di responsabilità nei confronti del figlio²². Il genitore non si sente più soltanto il «pagatore».

Tali constatazioni valgono *mutatis mutandis* anche per l'autorità parentale congiunta dei genitori non uniti in matrimonio.

1.7 Critiche nei confronti dell'autorità parentale congiunta

Nonostante tutti questi aspetti positivi, l'autorità parentale congiunta non deve essere idealizzata. Essa non permette di risolvere tutti i problemi ed è oggetto di determinate critiche²³.

Conflitti tra i genitori

L'autorità parentale congiunta attribuita per legge è imposta, talvolta contro la volontà di un genitore, il più sovente la madre. I genitori dovranno prendere decisioni riguardanti il figlio, accordarsi sull'attribuzione della custodia di fatto o sulla determinazione delle spese di mantenimento del figlio. Alcuni temono l'insorgere di conflitti a ogni occasione. Tuttavia i casi in cui l'autorità parentale congiunta non potrebbe probabilmente funzionare dovrebbero riguardare solo circa il 20-25 per cento dei divorzi²⁴. Inoltre non si può affermare che un modello di autorità parentale comporti meno conflitti di un altro²⁵.

Diritti per il padre, preoccupazioni per la madre

Altri fanno osservare che anche quando i genitori hanno optato per l'autorità parentale congiunta, il padre consacra soltanto poche ore alla settimana al figlio. Due anni dopo il divorzio la metà dei padri non ha più contatti con il figlio²⁶. In realtà, il concetto ideale di uguaglianza tra padre e madre e di autorità parentale congiunta riguarda solo una minoranza dei genitori. Molti uomini non vogliono condividere i compiti e partecipare soltanto alle decisioni²⁷.

Aumento delle procedure in vista dell'attribuzione dell'autorità parentale a un genitore

Infine alcuni sono dell'avviso che rendere l'autorità parentale congiunta la regola potrebbe comportare un aumento delle procedure intentate da un genitore per

²² Philippe Gardaz, L'autorité parentale après divorce, in: C. Paquier/J. Jaquier (edit.), Le nouveau droit du divorce, Lavori della Giornata di studio organizzata l'8 settembre 1999 all'Università di Losanna, Losanna 2000 (CEDIDAC 41), pag. 189.

²³ Per informazioni più dettagliate, cfr. lo studio di Kerima Kostka, Im Interesse des Kindes?, Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Grossbritannien und den USA, Francoforte sul Meno 2004 e Linus Cantieni, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – eine empirische Untersuchung – , Tesi di dottorato, Berna 2007.

²⁴ L. Staub/H. Hausheer/W. Felder, Gemeinsame elterliche Sorge – eine psychologische Betrachtungsweise, Rivista della società dei giuristi bernesi 2006, pag. 537 segg. (pag. 550 seg.).

²⁵ Kerima Kostka, op. cit., pagg. 423 e 347.

²⁶ Boll. Uff. 2005 N 1495 e segg.

²⁷ Boll. Uff. 2005 N 1496

ottenere l'autorità parentale esclusiva, ad esempio in caso di trasloco o di nuovo matrimonio dell'altro genitore²⁸.

1.8 Altre questioni relative ai figli

Il presente AP CC esamina anche altre questioni concernenti i figli e valuta la necessità di un eventuale intervento del legislatore.

Diritto di visita

Secondo la normativa attuale, i genitori che non sono detentori dell'autorità parentale o della custodia nonché il figlio minore hanno reciprocamente il diritto di conservare le relazioni personali indicate dalle circostanze (cfr. art. 273 cpv. 1 CC). Il diritto alle relazioni personali può essere negato o revocato se i genitori se ne sono avvalsi in violazione dei loro doveri (cfr. art. 274 cpv. 2 CC).

Nella pratica si pone abbastanza spesso il problema seguente: il genitore che detiene la custodia del figlio impedisce o rende difficile l'esercizio del diritto di visita dell'altro genitore, sebbene tale diritto sia stato stabilito in una sentenza. Il genitore che agisce in questo modo non incorre in alcuna sanzione, mentre quello che non riconsegna il figlio al detentore dell'autorità parentale al termine dell'esercizio del diritto di visita è punibile penalmente (cfr. art. 220 CP). In questo caso esiste una disparità di trattamento manifesta. Per ovviare a tale situazione, il presente avamprogetto di revisione del Codice penale (AP CP) prevede di sanzionare il genitore che si rifiuta di affidare il figlio al titolare del diritto di visita (si veda il n. 2.3.1).

Non occorre prevedere altre misure. Il diritto attuale permette all'autorità tutoria di adoperarsi affinché il diritto di visita possa essere esercitato (cfr. art. 273 e 274 CC). In particolare essa può intervenire presso il genitore che si oppone all'esecuzione del diritto di visita per cercare di convincerlo a rispettare il suo dovere. E se, come avviene spesso da alcuni anni a questa parte, il genitore si rifiuta di affidare il figlio, sostenendo che quest'ultimo avrebbe subito abusi sessuali da parte dell'altro genitore, può sospendere il diritto di visita oppure ordinare un diritto di visita sorvegliato fino a quando l'inchiesta avrà permesso di accertare i fatti.

La soluzione volta a esercitare pressione sul genitore che non rispetta il diritto di visita dell'altro genitore sopprimendo o riducendo il contributo di mantenimento è stata scartata, poiché compromette anzitutto il bene del figlio.

Capita anche che il genitore che detiene il diritto di visita non eserciti tale diritto. Per diversi motivi la presente revisione rinuncia a sanzionare penalmente tale comportamento. Il diritto penale deve intervenire soltanto in *ultima ratio*. Il diritto civile prevede già la possibilità di un intervento dell'autorità tutoria in virtù dell'articolo 273 CC. Inoltre, voler incitare un genitore a esercitare il suo diritto di visita sotto la minaccia di una sanzione penale sarebbe contrario al bene del figlio. Una sanzione civile quale un aumento del contributo di mantenimento va respinta per la stessa ragione. Il genitore che detiene l'autorità parentale può chiedere riparazione per i disagi subiti in seguito al mancato esercizio del diritto di visita (spese di custodia o per un soggiorno in un campo di vacanza).

²⁸ Boll. Uff. 2005 N 1497

Audizione dei figli

Secondo il diritto attuale, al momento di un divorzio i figli sono personalmente e appropriatamente sentiti dal giudice o da un terzo incaricato, a meno che la loro età o altri motivi gravi vi si oppongano (cfr. art. 144 cpv. 2 CC). Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, un figlio può di principio essere sentito a partire dall'età di sette anni (DTF 131 III 553).

Nella prassi, l'articolo 144 capoverso 2 CC è applicato in maniera molto differenziata, talvolta all'interno del medesimo tribunale. In generale, i giudici considerano obbligatoria l'audizione soltanto nei casi problematici. In assenza di conflitti tra i genitori, tendono a rinunciare o a chiedere ai figli se vogliono essere sentiti solo se hanno già una certa età; l'80-90 per cento dei figli rinuncia all'audizione.

Ciononostante il principio dell'audizione del figlio in quanto tale non è messo in questione. Una netta maggioranza degli specialisti che hanno risposto all'inchiesta sul diritto del divorzio (cfr. n. 1.3.3) ha ritenuto la normativa piuttosto soddisfacente²⁹. Inoltre l'inchiesta non ha permesso di determinare i problemi che andrebbero regolati dal legislatore. Pertanto non vi sono motivi per rivedere la regola relativa all'audizione dei figli.

Le disposizioni sull'audizione dei figli previste attualmente nel Codice civile saranno trasferite nel nuovo Codice di procedura civile svizzero (CPC)³⁰.

Tribunali di famiglia

Un tribunale di famiglia³¹ tratta in generale cause in materia di diritto del matrimonio, diritto del divorzio e diritto della filiazione. La sua competenza potrebbe tuttavia essere estesa alla protezione dei minori e degli adulti. Il tribunale di famiglia presenta segnatamente il vantaggio seguente: i giudici, oltre a competenze giuridiche e pratiche, possiedono anche conoscenze psicosociali; di conseguenza le loro decisioni sono spesso meglio accettate. Un tale tribunale può dunque essere più efficace di un tribunale ordinario.

Secondo l'articolo 122 capoverso 2 Cost., l'organizzazione dei tribunali compete ai Cantoni. Questo principio è rammentato all'articolo 3 del CPC (Codice di procedura civile svizzero; versione del 19 dicembre 2008). Il legislatore federale può tuttavia prevedere deroghe. Non si è tuttavia avvalso di tale facoltà per quanto concerne l'istituzione di tribunali di famiglia. Compete così ai Cantoni prevedere o no un tribunale di famiglia³².

²⁹ Rapporto sull'inchiesta sul diritto del divorzio svolta presso giudici, avvocati e mediatori, Ufficio federale di giustizia, maggio 2005.

³⁰ Messaggio del 28 giugno 2006 relativo al Codice di diritto processuale civile svizzero, FF **2006** 6593, n. 5.21. L'audizione dei figli pone problemi simili a quelli della loro rappresentanza nella procedura; a tale proposito si veda: Michelle Cottier, *Verfahrensvertretung des Kindes im Familienrecht der Schweiz: aktuelle Rechtslage und Reformbedarf*, in: *Anwalt des Kindes* (edit. Stefan Blum/Michelle Cottier/Daniela Migliazza), *Schriften zum Familienrecht/Collection de droit de la famille*, FAMPRA.ch, vol. 9, Berna 2008, pag. 125 segg.

³¹ Per maggiori informazioni: *Auf dem Weg zum Familiengericht* (edit. Rolf Vetterli), *La Pratique du droit de la famille* FAMPRA.ch, vol. 4, Berna 2004.

³² Esiste un *giudice di famiglia* nel Cantone di San Gallo. Secondo l'articolo 8^{bis} capoverso 1 lettera a del Codice cantonale di procedura civile del 20 dicembre 1990 (sGS 961.2), esso pronuncia i divorzi, le separazioni e gli scioglimenti delle unioni registrate. Ha parimenti il compito di ratificare

Mediazione

La mediazione è una procedura volta a regolare una controversia in via extragiudiziale. Il mediatore è un terzo neutro e indipendente, che non dispone di alcun potere decisionale.

La mediazione è disciplinata in modo succinto nel CPC³³. Particolare importanza è tuttavia accordata alla mediazione in relazione alla procedura applicabile ai figli nel diritto della famiglia³⁴. Il giudice può così ingiungere ai genitori di tentare una mediazione in caso di controversia concernente i figli (cfr. art. 297 cpv. 2 CPC). La mediazione può essere gratuita (cfr. art. 218 cpv. 2 CPC).

Al momento di elaborare il CPC si è discusso in modo approfondito sulla mediazione, in particolare sull'opportunità di renderla obbligatoria. A tale proposito la volontà politica è chiara: la mediazione deve mantenere un carattere volontario³⁵. Siccome la mediazione in diritto civile spetta al legislatore federale, i Cantoni non hanno la competenza di renderla obbligatoria³⁶.

Il nuovo articolo 314 capoverso 2 CC (nuovo diritto della protezione degli adulti³⁷; versione del 19 dicembre 2008) prevede, analogamente al CPC (cfr. art. 297 cpv. 2)³⁸, che l'autorità di protezione dei minori possa, se necessario, ingiungere ai genitori di sottoporsi a un tentativo di mediazione nelle procedure relative all'autorità parentale.

Anche il decreto federale del 21 dicembre 2007 che attua le convenzioni sul rapimento internazionale dei minori e che approva e attua le Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti³⁹ prevede una mediazione volontaria quando, in un primo tempo, il caso è portato dinanzi all'Autorità centrale (art. 4 cpv. 2). Invece quando, in un secondo tempo, il caso è deferito al tribunale, quest'ultimo impone la mediazione alle persone coinvolte (art. 8 cpv. 1). Questa deroga al principio della mediazione volontaria è motivata dal fatto che il rapimento

le convenzioni sugli effetti di tali azioni quando i coniugi o i partner registrati hanno prodotto una convenzione completa. Le procedure conflittuali non competono al giudice di famiglia, ma alla giurisdizione ordinaria.

³³ Messaggio del 28 giugno 2006 relativo al Codice di diritto processuale civile svizzero, FF **2006** 6593, n. 5.14.

³⁴ Messaggio del 28 giugno 2006 relativo al Codice di diritto processuale civile svizzero, FF **2006** 6593, n. 5.21, commento relativo agli articoli 292-296.

³⁵ Messaggio del 28 giugno 2006 relativo al Codice di diritto processuale civile svizzero, FF **2006** 6593, n. 5.14, commento relativo agli articoli 210, 213 e 214.

³⁶ Un esempio di mediazione obbligatoria è il «modello di Cochem», che esiste da una decina d'anni in Germania. Secondo tale modello sin dalla prima udienza il giudice, in caso di disaccordo dei genitori su una questione concernente i figli, li obbliga a trovare entro un certo termine una soluzione con l'aiuto di un gruppo multidisciplinare di professionisti. Se i genitori non riescono a trovare un accordo, il giudice fissa una nuova scadenza per rivolgersi a un servizio di consulenza. Il genitore che rifiuta tale consulenza rischia di perdere la custodia del figlio. Se non è possibile giungere a un accordo, decide il giudice. Per informazioni più dettagliate: <http://www.ak-cochem.de/>

³⁷ Messaggio del 28 giugno 2006 concernente la modifica del Codice civile svizzero (Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione), FF **2006** 6391 6560.

³⁸ Messaggio del 28 giugno 2006 relativo al Codice di diritto processuale civile svizzero, FF **2006** 6593 6853.

³⁹ FF **2008** 33

internazionale di minori costituisce un caso speciale: la relativa procedura è penosa; può anche essere lunga, onerosa e resa difficile dalla distanza geografica delle parti. In tal caso è particolarmente importante tentare di trovare una soluzione consensuale in tempi brevi.

Contributo di mantenimento

Secondo il diritto attuale, a un genitore divorziato può essere assegnato un contributo di mantenimento (cfr. art. 125 CC). Il diritto a tale contributo, il suo importo e la durata dipendono da diversi elementi, in particolare dalla portata e dalla durata delle cure dovute ai figli (cfr. art. 125 cpv. 2 n. 6 CC). Tale contributo di mantenimento non è invece previsto in caso di separazione di genitori non uniti in matrimonio. Alcuni autori⁴⁰ ritengono che questa situazione crei una disparità tra il figlio di genitori divorziati e il figlio di concubini separati, nel senso che il primo beneficerebbe di una migliore cura da parte del genitore che percepisce un contributo di mantenimento, in quanto quest'ultimo può ridurre il suo tempo di lavoro, mentre il secondo è svantaggiato, dato che il genitore titolare della custodia deve provvedere da solo al proprio sostentamento. Per eliminare tale disparità propongono che il genitore non titolare della custodia versi un contributo di mantenimento almeno durante i primi tre anni di vita del figlio al genitore che detiene la custodia, indipendentemente dallo statuto dei genitori⁴¹.

Tale proposta va oltre quanto previsto dal presente AP CC. Infatti, pur essendo volta all'interesse del figlio, essa intende conseguire tale finalità creando un contributo di mantenimento in favore di un concubino. La presente revisione del Codice civile non dovrebbe tuttavia costituire la sede per estendere in singoli punti i diritti dei concubini. Inoltre né gli interventi parlamentari né gli studi alla base della revisione hanno sollevato il problema della disparità tra il figlio di genitori divorziati e quello di concubini separati. La convivenza è altresì disciplinata principalmente dai concubini stessi, che possono quindi regolare in una convenzione il versamento di un contributo di mantenimento come quello proposto. Infine, la parità tra i figli può essere raggiunta attribuendo un contributo di mantenimento più elevato in favore del figlio. Il genitore titolare della custodia potrebbe quindi ridurre il proprio tempo di lavoro, almeno durante i primi anni di vita del figlio, per dedicargli più tempo⁴².

⁴⁰ In particolare, Alexandra Rumo-Jungo, *Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern – ein Denkanstoss, recht 2008*, pag. 27 segg.

⁴¹ Alexandra Rumo-Jungo, *op. cit.*

⁴² Anche questa soluzione pone problemi, poiché spesso mancano i mezzi finanziari per pagare un contributo di mantenimento sufficiente al figlio o al genitore titolare della custodia (cfr. Conferenza svizzera delle delegate alla parità fra donne e uomini, *Revisionsbedarf im Scheidungsrecht*, marzo 2008). Tali difficoltà riguardano sia i genitori divorziati sia i concubini separati. Attualmente il Consiglio federale sta esaminando proposte volte ad armonizzare la legislazione che disciplina l'anticipo e l'incasso degli alimenti sulla base del postulato 06.3003 «Anticipo e incasso degli alimenti. Armonizzazione», depositato il 13 gennaio 2006 dalla Commissione della sicurezza sociale e della sanità del Consiglio nazionale.

2 Commento all'avamprogetto

2.1 Modifica del Codice civile

Art. 133 Autorità parentale congiunta

Il *capoverso 1* sancisce il principio dell'esercizio dell'autorità parentale congiunta dopo il divorzio. In futuro i genitori divorziati continueranno a esercitare in comune l'autorità parentale, con pari diritti, come facevano durante il matrimonio. Determineranno dunque tutte le cure e l'educazione da fornire al figlio e prenderanno in comune le decisioni necessarie. L'esercizio congiunto dell'autorità parentale è mantenuto per legge; ciò significa che la regola si applica automaticamente in caso di divorzio. Non dipende dunque da una richiesta comune dei genitori o da una decisione del giudice.

L'autorità parentale congiunta include il diritto di custodia in comune. Di conseguenza, i genitori conservano entrambi il diritto di determinare il luogo di residenza del figlio e la modalità di cura. Il diritto di custodia è esercitato dal genitore che si fa carico del figlio nella vita quotidiana (custodia di fatto). I genitori decidono insieme anche come organizzare la custodia di fatto. L'articolo 298g del presente AP CC disciplina la competenza decisionale del genitore che ha la custodia di fatto.

L'organizzazione della custodia di fatto e la ripartizione delle spese di mantenimento sono questioni cruciali per il figlio, ma possono essere fonte di conflitti. Per evitare che esse paralizzino ulteriormente l'esercizio dell'autorità parentale, i genitori devono regolarle tra di loro, nella misura del possibile, e devono sottoporre le loro proposte al giudice (*cpv. 2*). L'accordo su tali questioni è un elemento chiave del successo dell'esercizio dell'autorità parentale. Le proposte dei genitori non costituiscono evidentemente una condizione per il mantenimento dell'autorità parentale congiunta; per contro, sono una condizione per il divorzio su richiesta comune (art. 111 CC). Se i genitori presentano proposte divergenti, il giudice può ingiungere loro di tentare una mediazione (cfr. art. 297 *cpv. 2* CPC). Se non riescono a trovare un accordo, il giudice s'interogherà sulla loro capacità di esercitare insieme l'autorità parentale e, se del caso, potrà revocare d'ufficio l'autorità parentale congiunta e attribuirla esclusivamente a un genitore in virtù dell'articolo 133a del presente AP CC.

Art. 133a (nuovo) Attribuzione a un genitore

Attribuendo per legge l'autorità parentale congiunta ai genitori divorziati, l'AP CC presume che essa sia nell'interesse del figlio e che i genitori siano atti a esercitarla insieme. Ma in certe situazioni può apparire sin dall'inizio che ciò non sarà il caso per motivi soggettivi o oggettivi concernenti i genitori: uno dei genitori non vuole o non può cooperare, rifiuta il dialogo, si disinteressa del figlio, è malato, i genitori vivono molto lontani l'uno dall'altro o un genitore esercita violenze nei confronti dell'altro, che risultano traumatiche per il figlio. Sarà allora difficile, se non impossibile, esercitare l'autorità parentale in comune. Bisognerà ricorrere sistematicamente all'autorità di protezione dei minori per trovare una soluzione. Il figlio patirà immancabilmente tale situazione. Per questo motivo il *capoverso 1* assegna al giudice del divorzio la facoltà di revocare, d'ufficio o su richiesta della madre o del padre, l'autorità parentale al genitore che non è atto ad assumerla. Il giudice potrà basarsi non soltanto sull'atteggiamento mostrato durante la procedura di divorzio, ma anche su quanto successo durante il matrimonio e durante il periodo di separazione precedente il divorzio.

In virtù del *capoverso 2*, il giudice del divorzio può revocare l'autorità parentale congiunta su richiesta comune dei genitori. I genitori concordano quindi che l'autorità parentale venga detenuta soltanto da uno di loro. Non si tratta tuttavia di permettere di eludere il principio dell'autorità parentale congiunta. Anche in questo caso la decisione deve essere dettata dal bene del figlio.

Il *capoverso 3* disciplina le questioni legate alla revoca dell'autorità parentale congiunta. Il giudice del divorzio regola le relazioni personali (diritto di visita, contatti telefonici, scambio di corrispondenza per lettera, posta elettronica, SMS o fax) del figlio con il genitore privato dell'autorità parentale e fissa il contributo di mantenimento conformemente alle disposizioni sugli effetti della filiazione (cfr. art. 270 segg. CC). Il figlio è sentito, a meno che la sua età o altri motivi importanti non vi si oppongano (cfr. art. 144 cpv. 2 CC e art. 12 della Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo)⁴³. Il genitore privato dell'autorità parentale ha il diritto di essere informato sugli avvenimenti particolari sopraggiunti nella vita del figlio e deve essere sentito prima che siano prese decisioni importanti per lo sviluppo del figlio (cfr. art. 275a CC).

Come nel diritto vigente, il contributo di mantenimento può essere stabilito anche per un periodo che va oltre la maggiore età dei figli (*cpv. 4*).

Art. 134 Modificazione delle circostanze. Autorità parentale

Questo articolo prevede una modifica dell'attribuzione dell'autorità parentale in caso di sostanziale modificazione delle circostanze dopo il divorzio. Per modificazione delle circostanze si intende un evento in seguito al quale non esistono più le condizioni essenziali per la responsabilità comune dei genitori o la responsabilità del genitore che detiene da solo l'autorità parentale⁴⁴. Può trattarsi di una ragione soggettiva concernente i genitori (p.es. motivi di salute, un'incompatibilità grave tra il figlio e il nuovo coniuge di un genitore o violenze esercitate da un genitore nei confronti dell'altro, che risultano traumatiche per il figlio) o di una ragione oggettiva (p.es. il trasloco del detentore dell'autorità parentale). La modifica può riguardare l'attribuzione dell'autorità parentale congiunta (art. 133 AP CC) o dell'autorità parentale attribuita esclusivamente a un genitore (art. 133a AP CC).

L'articolo 134 riprende l'attuale articolo 134 capoverso 1 CC con la differenza che l'espressione «autorità tutoria» è stata sostituita con «autorità di protezione dei minori», per renderla conforme al nuovo diritto della protezione dei minori e degli adulti.

Art. 134a (nuovo) Cura, relazioni personali e mantenimento

La disposizione disciplina il caso in cui occorre modificare le modalità di cura del figlio, delle relazioni personali o del contributo di mantenimento in seguito alla modificazione delle circostanze. La modifica può intervenire indipendentemente da una nuova attribuzione dell'autorità parentale e soggiace alle condizioni previste dalle disposizioni sugli effetti della filiazione, ossia dagli articoli 270 segg. CC.

⁴³ RS 0.107

⁴⁴ Messaggio del Consiglio federale del 15 novembre 1995 sulla revisione del Codice civile svizzero (stato civile, matrimonio, filiazione, assistenza tra parenti, asili di famiglia, tutela e mediazione matrimoniale), FF 1996 I 1 segg., n. 233.63.

L'articolo 134a corrisponde all'attuale articolo 134 capoverso 2 CC.

Art. 134b (nuovo) Competenza

Attualmente le questioni riguardanti i figli sono regolate dall'autorità tutoria in caso di accordo tra i genitori e dal giudice in caso di controversia (cfr. art. 134 cpv. 3 e 4 CC). In deroga a tale principio, le relazioni personali competono all'autorità tutoria anche in caso di controversia tra i genitori (cfr. art. 134 cpv. 4 *in fine* CC). Si è optato per questa soluzione poiché le autorità tutorie sono più idonee a seguire l'evolversi delle misure adottate in relazione ai figli e a prendere rapidamente le decisioni necessarie, mentre il giudice decide sul momento e non può occuparsi delle misure decise. Sebbene tale soluzione sia di per sé giustificata, l'AP CC privilegia una regolamentazione più semplice e più coerente con il principio della ripartizione delle competenze.

Pertanto, secondo l'articolo 134b AP CC, in caso di accordo tra i genitori tutte le questioni riguardanti i figli competono all'autorità di protezione dei minori. In caso di disaccordo decide invece il giudice cui compete la sentenza di divorzio.

La modifica delle misure riguardanti il figlio in seguito al decesso di un genitore attualmente prevista all'articolo 134 capoverso 3 CC è disciplinata nell'articolo 298f AP CC.

Art. 297 cpv. 3 Genitori coniugati

Il vigente articolo 297 capoverso 3 subisce due modifiche. Da un lato, l'attribuzione dell'autorità parentale in caso di decesso di un coniuge (cfr. 1° periodo) è ora disciplinata all'articolo 298f AP CC. Dall'altro, l'espressione «il giudice» (cfr. 2° periodo) è stata soppressa in quanto tale figura non è più responsabile dell'attribuzione dell'autorità parentale a uno dei genitori; essa spetta per legge al padre e alla madre.

Art. 298 Genitori non coniugati. Riconoscimento. In genere

Nel 1998, al momento di adottare il principio dell'autorità parentale congiunta dei genitori divorziati (cfr. art. 133 cpv. 3 CC), il legislatore ha ritenuto ingiustificato permettere l'esercizio dell'autorità parentale in comune ai genitori divorziati ma non ai genitori non coniugati⁴⁵. Ai suoi occhi, il rifiuto del matrimonio da parte dei genitori non era un motivo sufficiente per negare l'esercizio congiunto dell'autorità parentale⁴⁶. La presente soluzione tesa ad accordare l'autorità parentale congiunta anche ai genitori non coniugati non mette in discussione tale concezione.

Ma, diversamente dal diritto vigente, l'AP CC non equipara i genitori non coniugati (cfr. art. 298a cpv. 1 CC) a quelli divorziati (cfr. art. 133 cpv. 3 CC), bensì a quelli coniugati. Infatti nella maggior parte dei casi i genitori non coniugati convivono.

⁴⁵ Messaggio del Consiglio federale del 15 novembre 1995 sulla revisione del Codice civile svizzero (stato civile, matrimonio, filiazione, assistenza tra parenti, asili di famiglia, tutela e mediazione matrimoniale), FF **1996** I 1 segg., n. 244.41.

⁴⁶ Messaggio del Consiglio federale del 15 novembre 1995 sulla revisione del Codice civile svizzero (stato civile, matrimonio, filiazione, assistenza tra parenti, asili di famiglia, tutela e mediazione matrimoniale), FF **1996** I 1 segg., n. 244.41.

Questo tipo di vita di coppia e di famiglia è sempre più diffusa al posto del matrimonio. La situazione dei concubini è identica a quella dei genitori coniugati. Inoltre il padre effettua spontaneamente il riconoscimento. A favore della soluzione prevista dall'AP CC depone anche il costante aumento dei riconoscimenti, che tra il 2000 al 2007 sono passati da 7930 a 12 306. La grande maggioranza dei figli è riconosciuta prima della nascita (54 % nel 2007) o prima di aver compiuto un anno (38 %). Ciò dimostra che i padri si assumono in misura crescente la loro responsabilità nei confronti del figlio. Non è pertanto più giustificato trattare in modo diverso i genitori concubini soltanto perché non si sono sposati.

Partendo da tale premessa, il *capoverso 1* sancisce il principio secondo cui l'autorità parentale congiunta è attribuita per legge alla madre e al padre che riconosce il figlio (cfr. art. 260 cpv. 1 CC); ciò significa che tale regola si applica automaticamente in caso di riconoscimento. L'attribuzione dell'autorità parentale congiunta non dipende dunque da una richiesta dei genitori né da una decisione di un'autorità. Il riconoscimento avviene mediante dichiarazione davanti all'ufficiale di stato civile o per testamento o, se è pendente un'azione d'accertamento della paternità, davanti al giudice (cfr. art. 260 cpv. 3 CC). Il riconoscimento è un atto costitutivo irrevocabile i cui effetti sono immediati⁴⁷.

Come attualmente, l'AP CC non esige che i genitori abbiano un domicilio comune. Tale condizione sarebbe infatti discriminatoria nei confronti dei genitori coniugati o divorziati. Inoltre non garantirebbe una migliore cura del figlio. Importante è l'impegno profuso dai genitori nell'educazione del figlio e non la distanza geografica.

Non è previsto che un'autorità valuti l'opportunità dell'esercizio in comune dell'autorità parentale. Anche a tale proposito non vi è motivo di distinguere tra il figlio di genitori coniugati e quello di genitori concubini. Se il bene del figlio lo impone, un genitore può comunque chiedere al giudice di revocare l'autorità parentale all'altro (art. 298b cpv. 2 AP CC).

La rottura di un concubinato non tange l'esercizio dell'autorità parentale in quanto non è legato alla vita comune dei genitori. L'autorità parentale congiunta è mantenuta. Un genitore potrebbe tuttavia chiedere l'esercizio esclusivo dell'autorità parentale (art. 298b cpv. 2 AP CC), per esempio in caso di continui disaccordi conseguenti alla rottura nocivi per il figlio. La rottura potrebbe quindi costituire una modifica delle circostanze atta a sostituire l'esercizio in comune dell'autorità parentale con l'esercizio da parte di un solo genitore.

Alla morte di un genitore, l'autorità parentale compete al superstite (art. 298f AP CC).

Se il padre non riconosce il figlio, l'autorità parentale è attribuita per legge esclusivamente alla madre (cpv. 2). Se quest'ultima è minorenni o interdetti, non ha autorità parentale, conformemente all'articolo 296 capoverso 2 CC. Questo articolo sarà adeguato formalmente al nuovo diritto in materia di protezione degli adulti⁴⁸.

⁴⁷ Cyril Hegnauer, *Droit suisse de la filiation et de la famille*, (art. 328-359 CCS), 4^a ed., Berna 1998, n. 7.12.

⁴⁸ Secondo il disegno del 28 giugno 2006 di revisione del Codice civile (Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione), FF **2006** 6391 6558), il nuovo articolo ha il tenore seguente: «I genitori minorenni o sotto curatela generale non hanno autorità parentale».

Art. 298a Cura e mantenimento

La maggior parte dei genitori non coniugati, ma di cui il padre ha riconosciuto il figlio, convivono. Si assumono i propri obblighi ed esercitano i loro diritti nei confronti del figlio alla stregua dei genitori uniti in matrimonio. Come questi ultimi, convengono tra loro – perlopiù tacitamente – il modo in cui ciascuno provvede alla cura e al mantenimento del figlio (*cpv. 1*). Non devono sottoporre i loro accordi a un'autorità. Tuttavia, una tale convenzione di mantenimento vincola il figlio soltanto se è stata approvata dall'autorità di protezione dei minori (cfr. art. 287 *cpv. 1 CC*). D'altronde un genitore può voler regolare il contributo di mantenimento in una convenzione per diversi motivi, soprattutto perché essa costituisce un titolo di rigetto provvisorio secondo l'articolo 82 della legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento⁴⁹, che può far valere se l'altro genitore dovesse rifiutarsi di ottemperare al suo obbligo di mantenimento.

Se i genitori non riescono a regolare tra di loro la cura e il mantenimento del figlio, possono rivolgersi all'autorità di protezione dei minori, che può emanare raccomandazioni (*cpv. 2*).

Art. 298b (nuovo) Attribuzione a un genitore

Il principio dell'autorità parentale congiunta poggia sulla presunzione che essa è nell'interesse del figlio. Tuttavia possono sussistere ragioni oggettive (p.es. distanza geografica) o soggettive (p.es. malattia, incompatibilità grave) concernenti i genitori che rendono difficile, se non impossibile, l'esercizio in comune dell'autorità parentale. Tali situazioni nuocciono al figlio e può essere nel suo interesse revocare l'autorità parentale congiunta attribuendo l'autorità parentale esclusivamente a un genitore.

L'autorità parentale congiunta può essere revocata a richiesta comune dei genitori (*cpv. 1*). Può infatti accadere che entrambi i genitori vogliano che l'autorità parentale sia attribuita esclusivamente a uno di loro. Non si tratta tuttavia di permettere di eludere la regola dell'autorità parentale congiunta. La decisione deve essere dettata dall'interesse del figlio e non da quello dei genitori. La richiesta deve essere presentata all'autorità di protezione dei minori.

L'autorità parentale congiunta può essere revocata anche su richiesta di un genitore (*cpv. 2*), che può invocare motivi soggettivi o oggettivi. Tuttavia la decisione di attribuire l'autorità parentale a un genitore deve essere presa unicamente in considerazione dell'interesse del figlio.

Le richieste volte all'attribuzione dell'autorità parentale a un genitore secondo i capoversi 1 e 2 non sottostanno a una scadenza.

Il genitore privato dell'autorità parentale ha diritto a relazioni personali con il figlio e deve contribuire al suo mantenimento (*cpv. 3*). L'articolo 133 capoversi 3 e 4 AP CC si applica per analogia. Il genitore ha anche diritto a essere informato sugli avvenimenti particolari sopraggiunti nella vita del figlio e deve essere sentito prima che siano prese decisioni importanti per lo sviluppo del figlio (cfr. art. 275a CC)⁵⁰.

L'articolo 298f del presente AP CC disciplina l'attribuzione dell'autorità parentale in caso di decesso di un genitore.

⁴⁹ RS 281.1

⁵⁰ Per maggiori informazioni si veda il commento relativo all'articolo 133a capoverso 3.

Art. 298c (nuovo) Azione di paternità. In genere

Se la filiazione è stata accertata mediante sentenza di paternità, l'autorità parentale compete per legge alla madre. Tale soluzione corrisponde al diritto attuale (cfr. art. 298 cpv. 1 CC). È giustificata dal fatto che il padre non ha stabilito volontariamente il rapporto di filiazione, in quanto è stato necessario intentare un'azione contro di lui. Appare pertanto difficile accordargli per legge l'autorità parentale come a un padre che ha riconosciuto spontaneamente il figlio.

Art. 298d (nuovo) Autorità parentale congiunta

Con l'azione di paternità il rapporto di filiazione non è stabilito su base volontaria, il che costituisce a priori un elemento a sfavore del padre, sufficientemente importante per non attribuirgli per legge l'autorità parentale. Può tuttavia accadere che un uomo prenda coscienza delle sue responsabilità e voglia assumersi l'educazione del figlio e non limitarsi al ruolo di padre pagatore. Per questo motivo, l'AP CC accorda al padre il diritto di chiedere unilateralmente l'esercizio dell'autorità parentale in comune con la madre, purché ciò sia compatibile con il bene del figlio (cpv. 1). Inoltre questa soluzione corrisponde allo spirito della presente revisione, che consiste nel favorire, nella misura del possibile, l'autorità parentale congiunta nell'interesse del figlio.

In tal caso il giudice fissa le modalità della cura del figlio e il contributo di mantenimento di ciascun genitore (cpv. 2).

Art. 298e (nuovo) Modificazione delle circostanze

Il presente articolo si applica in caso di riconoscimento (art. 298 AP CC) o di sentenza di paternità (art. 298c AP CC).

Il *capoverso 1* corrisponde materialmente all'attuale articolo 298a capoverso 2 CC. Una modifica dell'attribuzione dell'autorità parentale può essere richiesta soltanto in caso di sostanziale modificazione delle circostanze. È considerato tale un evento in seguito al quale i fondamenti essenziali della responsabilità comune dei genitori o del genitore che detiene da solo l'autorità parentale non esistono più⁵¹. Può trattarsi di una ragione soggettiva concernente i genitori (p.es. motivi di salute, violenze esercitate da un genitore nei confronti dell'altro, che risultano traumatiche per il figlio) o di una ragione oggettiva (p.es. un trasloco del detentore dell'autorità parentale). Formalmente la disposizione è stata adattata al nuovo diritto della protezione degli adulti: l'espressione «autorità tutoria» è stata sostituita da «autorità di protezione dei minori».

Il *capoverso 2* disciplina il caso in cui occorra modificare le modalità di cura del figlio, le relazioni personali o il contributo di mantenimento in seguito alla modificazione delle circostanze. La modifica può intervenire indipendentemente da una nuova attribuzione dell'autorità parentale e soggiace alle condizioni previste dalle disposizioni sugli effetti della filiazione, ossia dagli articoli 270 segg. CC

Il *capoverso 3* definisce la competenza materiale. In assenza di controversia, la modifica dell'attribuzione dell'autorità parentale e l'omologazione della convenzione

⁵¹ Messaggio del 15 novembre 1995 sulla revisione del Codice civile svizzero (stato civile, matrimonio, filiazione, assistenza tra parenti, asili di famiglia, tutela e mediazione matrimoniale), FF 1996 1 segg., n. 233.63.

che determina la cura, le relazioni personali e il contributo di mantenimento competono all'autorità di protezione dei minori. In caso di disaccordo spettano al giudice. Il figlio è sentito conformemente all'articolo 314a CC (nuovo diritto della protezione degli adulti) e all'articolo 298 CPC.

Art. 298f (nuovo) Decesso di un genitore

Questo articolo disciplina l'attribuzione dell'autorità parentale in caso di decesso di un genitore, a prescindere dal fatto che siano coniugati, divorziati o non siano uniti in matrimonio. Attualmente tale questione è regolamentata rispettivamente agli articoli 297 capoverso 3, 298 capoverso 2 e 134 capoverso 3 CC.

Se era esercitata congiuntamente, alla morte di un genitore l'autorità parentale compete per legge al superstite (*cpv. 1*).

In caso di decesso del genitore titolare esclusivo dell'autorità parentale, quest'ultima non passa per legge all'altro genitore. L'autorità di protezione dei minori deciderà se attribuire l'autorità parentale all'altro genitore o se occorra nominare un tutore. La decisione sarà presa secondo quanto richiesto dal bene del figlio (*cpv. 2*). Il fatto che il genitore superstite sia stato privato dell'autorità parentale non costituisce a priori un elemento negativo. L'autorità parentale gli può ad esempio essere stata revocata su richiesta comune con l'altro genitore.

Art. 298g (nuovo) Esercizio congiunto dell'autorità parentale

La disposizione disciplina la competenza decisionale del genitore che ha la custodia di fatto quando i genitori esercitano congiuntamente l'autorità parentale senza vivere in comunione domestica. Si applica ai genitori divorziati, ai genitori coniugati e ai genitori non uniti in matrimonio che non vivono in comunione domestica.

Lo scopo della disposizione è di evitare, per quanto concerne le decisioni da prendere per il figlio, eventuali conflitti tra i genitori divorziati, che possono bloccare inutilmente l'esercizio dell'autorità parentale. Il genitore che detiene la custodia di fatto può così prendere da solo le decisioni relative alla vita quotidiana, ossia le attività usuali e senza gravi conseguenze sullo sviluppo del figlio (p.es. cibo, abbigliamento, scelta dei programmi televisivi) oppure decisioni urgenti (ospedalizzazione in caso d'emergenza, ecc.). Di conseguenza, se il figlio vive cinque giorni dalla madre e due giorni dal padre, ciascun genitore ha il diritto di prendere le decisioni della vita quotidiana durante il soggiorno del figlio presso di lui. Per contro, tutte le altre decisioni concernenti il figlio, come la scelta di una scuola, di uno sport, della religione, eccetera devono essere prese da entrambi i genitori. I terzi di buona fede possono presumere che ciascun genitore agisca con il consenso dell'altro (cfr. art. 304 *cpv. 2* CC).

Se non riescono a mettersi d'accordo, i genitori possono ricorrere all'autorità di protezione dei minori, che potrà emanare raccomandazioni o impartire istruzioni, come per esempio indirizzare il figlio da un medico per una visita. Tali istruzioni possono essere corredate della comminatoria secondo l'articolo 292 del Codice penale (CP). In caso di problemi importanti e ricorrenti che nuocciono all'interesse del figlio, l'attribuzione dell'autorità parentale può essere modificata in virtù dell'articolo 134 dell'AP CC.

Art. 309 Accertamento della paternità

Il vigente articolo 309 CC si propone di garantire al figlio di genitori non uniti in matrimonio la protezione giuridica necessaria⁵². Nell'ottica dell'evoluzione della mentalità e dello spirito della presente revisione, una tale disposizione non ha più ragion d'essere nella sua forma attuale. È stata mantenuta soltanto la possibilità per la donna incinta non coniugata di chiedere all'autorità di protezione dei minori di nominare un curatore incaricato di accertare la filiazione paterna e di consigliarla ed assisterla. I capoversi 2 e 3 sono stralciati.

2.2 Diritto transitorio

In virtù dell'articolo 12 del Titolo finale del Codice civile, il nuovo diritto è applicabile senza restrizioni agli effetti della filiazione (autorità parentale, relazioni personali, contributo di mantenimento) che sorgono dopo l'entrata in vigore del nuovo diritto.

Analogamente a quanto prevede il nuovo diritto del divorzio⁵³, l'entrata in vigore del nuovo diritto può essere considerata come una sostanziale modificazione delle circostanze che, in virtù degli articoli 2, 3 e 7a capoverso 3 seconda parte del periodo del Titolo finale del CC, è retta dal nuovo diritto. In seguito all'entrata in vigore del nuovo diritto, i genitori possono pertanto presentare una richiesta presso l'autorità competente (art. 134b e 298e AP CC) al fine di ottenere l'autorità parentale congiunta. Tale richiesta non sottostà a un termine.

2.3 Modifica del Codice penale

Art. 220 Sottrazione di minore e rifiuto del diritto di visita

L'attuale articolo 220 CP⁵⁴ non permette di sanzionare il detentore dell'autorità parentale o il tutore che non rispetta il diritto di visita dell'avente diritto. La persona che non riconsegna il minore alla fine del diritto di visita è quindi punibile, mentre colui che si rifiuta di affidarlo al titolare del diritto di visita non incorre in alcuna pena. Tale situazione è criticata a giusto titolo, poiché crea una disparità di trattamento ingiustificata. Il presente AP CP consente di ovviarvi sanzionando anche la persona che si rifiuta di affidare un minore al detentore del diritto di visita. Il reato è perseguito a querela di parte. Possono sporgere querela le persone che hanno il diritto di intrattenere relazioni personali con il minore: il genitore che non detiene l'autorità parentale o il diritto di custodia (cfr. art. 273 CC) e i terzi cui è stato accordato il diritto di intrattenere relazioni personali con il minore (cfr. art. 274a CC). La pena comminata è la medesima di quella prevista per la sottrazione: pena detentiva sino a tre anni o pena pecuniaria.

Il detentore del diritto di custodia può avere validi motivi per non affidare il figlio al titolare del diritto di visita, ad esempio se il minore si ammala improvvisamente o se

⁵² FF 1974 II 1 segg., n. 323.42

⁵³ FF 1996 I 1 segg., n. 253.1

⁵⁴ L'art. 220 CP è modificato nell'ambito della revisione del Codice civile (Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione) affinché l'autorità di protezione dei minori, che ha privato i genitori della custodia, possa sporgere querela penale in caso di sottrazione illegale del minore dal luogo in cui era stato collocato. Il progetto del Consiglio federale non prevedeva tale possibilità. L'AP CC tiene conto di tale modifica.

al momento della consegna il titolare del diritto di visita manifestamente non appare in grado di prendersi cura del minore. In tali casi il CP riconosce il motivo dello stato di necessità esimente o dell'assistenza necessaria (art. 17 e 18 CP). Il rifiuto di consegna può essere considerato lecito anche in virtù dell'articolo 14 CP, poiché il genitore titolare della custodia, preoccupato per la salute del figlio, ottempera all'obbligo di assistenza prescritto dalla legge.

Attualmente, pur non essendo oggetto di una sanzione specifica, la persona che si rifiuta di affidare il minore al titolare del diritto di visita può comunque essere punita con una multa fino a 10 000 franchi per disobbedienza a decisioni dell'autorità (cfr. art. 292 CP). Anche i codici di procedura civile cantonali possono prevedere una sanzione. In futuro tale questione sarà disciplinata dall'articolo 343 CPC (obbligo di fare, astenersi o tollerare). Una norma penale specifica sottolinea l'importanza della relazione tra il figlio e il genitore cui non spetta il diritto di custodia.

Il genitore che rifiuta di esercitare il suo diritto di visita senza un valido motivo potrebbe essere sanzionato anche in virtù dell'articolo 219 CP (violazione del dovere d'assistenza o educazione) se tale comportamento dovesse perturbare lo sviluppo fisico o psichico del figlio. L'articolo 273 capoverso 1 CC conferisce al figlio il diritto di intrattenere relazioni personali adeguate alle circostanze con il genitore che non detiene l'autorità parentale o la custodia; tale diritto ha per corollario l'obbligo del genitore di curare tali relazioni, che è un elemento costitutivo dell'articolo 219 CP.

3 Ripercussioni

3.1 Per la Confederazione

I presenti AP CC e AP CP non incidono sull'effettivo del personale della Confederazione. Non hanno neppure ripercussioni finanziarie.

3.2 Per i Cantoni

È difficile stimare il numero di casi che i tribunali o le autorità di protezione dei minori dovranno trattare in seguito all'adozione dei presenti AP CC e AP CP. Tuttavia, in base alle esperienze maturate all'estero in relazione all'autorità parentale congiunta, i due avamprogetti non dovrebbero comportare ripercussioni degne di nota per quanto riguarda l'effettivo del personale dei Cantoni e i loro costi.

3.3 Per l'economia

Di principio, i presenti AP CC e AP CP non comportano alcuna ripercussione per l'economia.

4 Programma di legislatura

La presente revisione è prevista nel Programma di legislatura 2007-2011⁵⁵.

⁵⁵ FF 2008 668

5 Aspetti giuridici

5.1 Costituzionalità e legalità

L'AP CC e l'AP CP si fondano rispettivamente sugli articoli 122 e 123 Cost., in virtù dei quali la legislazione nel campo del diritto civile e penale compete alla Confederazione.

Indice

Compendio	2
1 Punti essenziali del progetto	4
1.1 Antefatti	4
1.2 Diritto vigente	5
1.2.1 Principi	5
1.2.2 Critiche	5
1.3 Genesi dell'avamprogetto di revisione del Codice civile	7
1.3.1 Postulato Wehrli	7
1.3.2 Mozione della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale	8
1.3.3 Inchiesta sull'applicazione del diritto del divorzio svolta presso giudici, avvocati e mediatori (maggio 2005)	8
1.3.4 Studio del Fondo nazionale (PNR 52): I bambini e il divorzio: influenza della prassi giuridica sulle transizioni familiari	8
1.4 Diritto comparato e rapporto con il diritto internazionale	9
1.4.1 Diritto comparato	9
1.4.2 Rapporto con il diritto internazionale	12
1.4.2.1 Consiglio d'Europa	12
1.4.2.2 Diritto dell'Unione europea	13
1.4.2.3 Nazioni Unite (ONU)	13
1.5 La nuova normativa proposta	13
1.6 Motivi alla base della soluzione proposta	14
1.7 Critiche nei confronti dell'autorità parentale congiunta	16
1.8 Altre questioni relative ai figli	17
2 Commento	21
2.1 Modifica del Codice civile	21
2.2 Diritto transitorio	28
2.3 Modifica del Codice penale	28
3 Ripercussioni	29
3.1 Per la Confederazione	29
3.2 Per i Cantoni	29
3.3 Per l'economia	29
4 Programma di legislatura	29
5 Aspetti giuridici	30
5.1 Costituzionalità e legalità	30