

Lugano, CONFERENZA del 26 marzo 2009

Autorità parentale congiunta: situazione attuale e nuove prospettive

Situazione attuale riguardante l'attribuzione dell'autorità parentale in caso di divorzio e di conviventi con figli

Avv. Alberto F. Forni, Lugano-Viganello

1) Il diritto attuale

2) Autorità parentale: definizione e contenuto

a) Definizione

b) Contenuto

c) Diritto di informazione (art. 275a CC)

3) Casi di suo esercizio: attuale diritto

a) Genitori coniugati

b) Genitori non coniugati

c) Famiglia monoparentale

d) Genitori separati

i) Separazione di fatto (tutela dell'unione coniugale) e procedure cautelari

ii) Separazione coniugale

e) Genitori divorziati (o in caso di nullità del matrimonio)

f) Genitore risposato, doveri del nuovo coniuge

g) Genitori affilanti

4) Diritto estero

5) Violazione del diritto, diritto penale

1) Il diritto attuale

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, era stata avanzata una proposta di permettere al giudice di affidare l'autorità parentale ai due genitori anche dopo il divorzio¹. Il legislatore aveva tuttavia respinto senza discussioni la proposta per timore che tale soluzione desse luogo a troppi conflitti riguardanti la custodia e le relazioni personali.

Nel 1983 il Consiglio federale si era dichiarato disposto a valutare la possibilità di istituire l'autorità parentale congiunta dopo il divorzio e a partire dal 1988 alcuni giudici di prima istanza hanno cominciato ad accordare l'autorità parentale congiunta a genitori divorziati.

Il Tribunale federale aveva tuttavia stabilito chiaramente che ciò non era previsto dal diritto svizzero e spettava dunque al legislatore, e non ai giudici, di istituire l'autorità parentale congiunta.

La questione se istituire l'autorità parentale congiunta dopo il divorzio si è poi riproposta in occasione della revisione del diritto del divorzio, entrata in vigore il 1° gennaio 2000².

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 dato 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.

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 ad elaborare il recente avamprogetto di revisione del Codice civile³.

¹ BU 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

³ Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia, Rapporto esplicativo sulla revisione del Codice civile (autorità parentale) e del Codice penale (art. 220) del gennaio 2009, pag. 4-5.

2) Autorità parentale: definizione e contenuto

a) Definizione

L'autorità parentale conferisce ai genitori il diritto di custodia sui loro figli minorenni, il diritto di rappresentarli, di amministrare i loro beni, di determinare le cure da dare loro e di provvedere insieme al loro mantenimento e alla loro educazione⁴.

b) Contenuto

Il Tribunale federale ha indicato che l'autorità parentale contempla in particolare la competenza di determinare le cure da dare al figlio, di dirigere la sua educazione per il suo bene e di adottare le decisioni necessarie, riservata la capacità propria del figlio⁵, così come di decidere il suo luogo di residenza⁶. Derivante dall'autorità parentale, il diritto di custodia permette di scegliere il luogo di residenza e il modo di educare il figlio⁷.

L'autorità parentale è una conseguenza del legame di filiazione e può appartenere solo alla madre e al padre, mentre non compete a terze persone⁸.

Il giudice può limitare l'autorità parentale attribuita a un genitore per proteggere il figlio minorenne, per es. designando un curatore⁹ o stabilendo una sorveglianza educativa¹⁰ o ancora attribuendo la custodia del figlio a terze persone¹¹.

⁴ Art. 296-306 CC, F. Werro, Concubinage, mariage e démarriage, Berna, 2000, N. 731, pag. 159. Cyril Hegnauer, Dorit suisse de la filiation et de la famille, 1998, N. 25.02, pag. 163. Martin Stettler è dell'avviso che una definizione precisa dell'autorità parentale non sia possibile essendo un insieme di responsabilità e di poteri la cui estensione varia a dipendenza di vari fattori, in particolare l'età e la maturità del figlio (Martin Stettler, Le Droit Suisse de la filiation, Vol III., Tome II, 1, 1978, pag. 244).

⁵ Art. 301 cpv. 1 CC.

⁶ Art. 301 cpv. 3 CC. Il Tribunale federale ha precisato che è in ogni caso chiaro che se un genitore ha la custodia parentale, siccome il Giudice gliel'ha attribuita ad es. anche solo pendente causa, il medesimo può trasferirsi di domicilio altrove, senza che ciò possa essergli impedito ad es. per il fatto che il diritto di visita dell'altro genitore diventa più difficile: Sentenza del Tribunale federale 5a_49/2008 del 19 agosto 2008 (FamPra.ch 1/2005, pag. 155, con riferimento alla sentenza del Tribunale federale 5P.14/2004 del 23 febbraio 2004, con commento in www.divorzio.ch, caso n. 126); Martin Stettler, Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce, in Pascal Pichonaz/Alexandra Rumo-Jungo, *Enfant et divorce, Symposium en droit de la famille 2005*, université de Fribourg, N. 146, pag. 282; A. Wirz, op. cit., N. 3 ad art. 274 CC.

⁷ DTF 129 III 691, DTF 128 III 9, consid. 4a e riferimenti. Franz Werro, op. cit., N. 749, pag. 163. Emanuela Epiney-Colombo, *Aspetti giuridici nella separazione e nel divorzio*, 2005, pag. 93-94

⁸ C. Hegnauer, op. cit., N. 25.07, pag. 165.

⁹ Art. 308 CC.

Il giudice può anche privare i genitori dell'autorità parentale quando altre misure di protezione non hanno dato risultati o appaiono insufficienti, nei casi in cui i genitori non sono in grado di esercitare in modo corretto l'autorità parentale per inesperienza, malattia, infermità, assenza o altri motivi analoghi¹², oppure ancora non si sono curati seriamente del figlio o hanno violato in modo grave i loro doveri genitoriali¹³.

c) Diritto di informazione (art. 275a CC)

I genitori senza autorità parentale non sono in ogni caso privati di tutti i diritti e devono essere informati sugli avvenimenti particolari sopraggiunti nella vita del figlio e devono essere sentiti prima di decisioni importanti per lo sviluppo del figlio; essi, alla stregua del detentore dell'autorità parentale, possono chiedere ai terzi che partecipano alle cure del figlio, segnatamente ai docenti e ai medici, informazioni sullo stato e sullo sviluppo di costui¹⁴.

Il genitore senza autorità parentale può dunque chiedere all'altro genitore, che ne è titolare, di essere informato sugli eventi particolari nella vita del figlio (ad es. esami scolastici, interventi o cure mediche¹⁵) e deve essere consultato prima di decisioni importanti relative al minore, senza tuttavia avere un diritto di sorveglianza e di veto, poiché la decisione finale spetta al titolare dell'autorità parentale¹⁶.

Può inoltre chiedere a terzi (ad es. docenti e medici) informazioni sullo stato e sullo sviluppo del figlio¹⁷.

¹⁰ Art. 307 cpv. 3 CC.

¹¹ Emanuela Epiney-Colombo, op. cit. pag. 95.

¹² Art. 311 cpv. 1 n. 1 CC.

¹³ Art. 311 cpv. 1 n. 2 CC.

¹⁴ Art. 275a cpv. 1 e 2 CC.

¹⁵ Annatina Wirz, in Famkommentar, Scheidung, N. 4 ad art. 275a CC.

¹⁶ F. Werro, op. cit. N. 769, pag. 167.

¹⁷ E. Epiney-Colombo, op. cit. pag. 97

3) Casi di suo esercizio: attuale diritto

a) Genitori coniugati

Secondo l'art. 296 CC il figlio minore è soggetto all'autorità parentale dei genitori; durante il matrimonio i genitori esercitano insieme l'autorità parentale¹⁸.

L'autorità parentale è un diritto che appartiene indipendentemente a ciascun genitore¹⁹, i quali durante il matrimonio l'esercitano tuttavia assieme²⁰. Tuttavia ciascun genitore può agire in maniera indipendente, con l'accordo esplicito o tacito dell'altro²¹.

Se un coniuge si sottrae all'esercizio in comune dell'autorità parentale o se i coniugi non sono d'accordo su una questione importante, essi possono chiedere l'intervento del giudice in base alle norme sulla tutela dell'unione coniugale²².

Se il bene del figlio è messo in pericolo a seguito del mancato accordo dei genitori, occorrerà riferirsi alle misure previste per la protezione del figlio²³.

b) Genitori non coniugati

Se i genitori non sono uniti in matrimonio, l'autorità parentale spetta alla madre²⁴, se maggiorenne²⁵.

Tuttavia, anche i genitori non sposati possono richiedere l'autorità parentale congiunta alle stesse condizioni previste per i genitori divorziati. In particolare a richiesta congiunta dei genitori, l'autorità tutoria attribuisce loro l'autorità parentale in comune, a condizione che:

- ciò sia compatibile con il bene del figlio e

¹⁸ Art. 297 cpv. 1 CC.

¹⁹ DTF 67 II 9, in particolare pag. 11.

²⁰ Art. 297 cpv. 1 CC.

²¹ Art. 304 cpv. 2 CC.

²² Art. 172 cpv. 1 e 2 CC, C. Hegnauer, op. cit. N. 25.18, pag. 167.

²³ Art. 307 e segg. CC, C. Hegnauer, op. cit. N. 25.18, pag. 167.

²⁴ Art. 298 cpv. 1 CC

²⁵ Art. 298 cpv. 2 CC, a contrario.

- che essi le sottopongano per approvazione una convenzione che determini la loro partecipazione alle cure del figlio e la ripartizione delle spese di mantenimento²⁶.

c) Famiglia monoparentale

Parliamo di famiglia monoparentale laddove abbiamo solo un genitore.

In caso di matrimonio, dopo la morte di uno dei coniugi, l'autorità parentale compete al superstite²⁷.

Se i genitori non sono sposati, come detto l'autorità parentale spetta alla madre²⁸; in caso di decesso della madre, l'autorità tutoria nomina un tutore al figlio o trasferisce al padre l'autorità parentale, secondo quanto richiesto dal bene del figlio²⁹.

d) Genitori coniugati, ma separati

i) Separazione di fatto (tutela dell'unione coniugale) e procedure cautelari

La semplice sospensione della vita comune di genitori coniugati non ha di regola alcun influsso sul diritto all'esercizio dell'autorità parentale³⁰; tuttavia il giudice può attribuire l'autorità parentale ad uno dei due coniugi nell'ambito di misure a tutela dell'unione coniugale³¹; lo stesso discorso vale nell'ambito di procedure cautelari di separazione o di divorzio³², in particolare quando la sola attribuzione della custodia ad un coniuge non è sufficiente³³.

²⁶ Art. 298a cpv. 1 CC.

²⁷ Art. 297 cpv. 3 CC.

²⁸ Art. 298 cpv. 1 CC

²⁹ Art. 298 cpv. 2 CC.

³⁰ M. Stettler, op. cit., pag. 259.

³¹ Art. 297 cpv. 2 CC e art. 176 cpv. 3 CC)

³² Art. 137 CC, che rimanda alle normative relative alla tutela dell'unione coniugale.

³³ DTF 111 II 223.

ii) Separazione coniugale

In caso di separazione coniugale³⁴, l'attribuzione ad un solo coniuge dell'autorità parentale è frequentemente la regola³⁵, anche se la giurisprudenza in merito ha fatto una distinzione con il divorzio e ha indicato che contrariamente al divorzio la separazione coniugale non scioglie il matrimonio e che il concetto di autorità parentale congiunta è legato più al matrimonio che non tanto alla vita comune³⁶.

e) Genitori divorziati (o in caso di nullità del matrimonio)

Il nuovo diritto del divorzio, in vigore dal 2000, ha mantenuto il principio dell'attribuzione dell'autorità parentale a un solo genitore³⁷. Tuttavia, su istanza comune dei genitori, il giudice può disporre 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 mantenimento³⁸.

Di conseguenza, per poter esercitare anche dopo il divorzio l'autorità parentale congiunta, occorre rispettare tre condizioni cumulative:

- l'inoltro di un'istanza comune (i coniugi devono manifestare di voler continuare ad esercitare congiuntamente l'autorità parentale);
- i coniugi devono presentare al giudice una convenzione con la quale stabiliscano la loro partecipazione alla cura del figlio e fissino la ripartizione delle spese del suo mantenimento;
- la soluzione prospettata deve essere compatibile con il bene del figlio.

In caso di richiesta di autorità parentale congiunta, la prassi del Tribunale di Lugano è quella di chiedere un approfondimento della genitorialità, nel senso di sottoporre ad un terzo specialista (psicologo, educatore, pedagogista) il quesito a sapere se i

³⁴ Art. 117-118 CC.

³⁵ Art. 297 cpv. 3 CC applicabile alla separazione coniugale per rimando; M. Stettler, op. cit., pag. 261.

³⁶ DTF 117 II 523, in particolare pag. 527.

³⁷ Art. 133 cpv. 1 CC.

³⁸ Art. 133 cpv. 3 CC.

genitori risulteranno idonei ad esercitare l'autorità parentale anche con la pronuncia del divorzio.

f) **Genitore risposato, doveri del nuovo coniuge**

Il coniuge del genitore non può avere l'autorità parentale ma nell'ambito del dovere di assistenza tra coniugi³⁹ la legge prevede che ogni coniuge deve all'altro adeguata assistenza nell'esercizio dell'autorità parentale verso i di lui figli e rappresentarlo ove le circostanze lo richiedano⁴⁰.

Il coniuge del detentore dell'autorità parentale rappresenta quest'ultimo nell'esercizio dell'autorità parentale, in particolare quanto il titolare è impedito o in caso di urgenza⁴¹.

Questo diritto è inesistente nell'ambito di genitori non coniugati.

g) **Genitori affilianti**

I genitori affilianti sono terze persone a cui è stata affidata la cura di un figlio.

Essi non detengono l'autorità parentale⁴², ma rappresentano i genitori nell'esercizio della medesima, per quanto ciò sia indicato per il debito adempimento del loro compito e riservate misure diverse⁴³.

4) **Diritto estero**

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 Paesi⁴⁴.

³⁹ Art. 159 cpv. 3 CC; C. Hegnauer, op. cit. N. 25.09, pag. 165.

⁴⁰ Art. 299 CC.

⁴¹ C. Hegnauer, op. cit. N. 25.10, pag. 165, in particolare quando si tratta di firmare i libretti scolastici e le giustificazioni delle assenze, di iscrivere i figli a corsi facoltativi o opzionali, o ancora in caso di interventi medici urgenti.

⁴² C. Hegnauer, op. cit. N. 25.12, pag. 166.

⁴³ Art. 300 CC.

⁴⁴ Cfr. Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia, Rapporto esplicativo sulla revisione del Codice civile (autorità parentale) e del Codice penale (art. 220) del gennaio 2009, pag. 9-11.

5) Violazione del diritto, diritto penale

Nell'attuale diritto il legislatore ha rinunciato a sanzionare la violazione alle relazioni personali, in particolare in caso di mancato esercizio del diritto di visita.

L'autorità tutoria può tuttavia intervenire per richiamare ai loro doveri i genitori e anche il figlio se l'esercizio o il mancato esercizio delle relazioni personali nuoce al figlio o se vi sono altri motivi⁴⁵.

La violazione del dovere di lealtà tra genitori può, secondo le circostanze, nuocere al bene del figlio e giustificare un cambiamento nell'attribuzione dell'autorità parentale⁴⁶.

L'attuale art. 220 CP⁴⁷ 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, poiché crea una disparità di trattamento ingiustificata.

Attualmente, pur non essendo oggetto di una sanzione specifica, la persona che si rifiuta di affidare il minore al titolare del diritto di visita potrebbe comunque essere

In **Germania** l'esercizio in comune dell'autorità parentale è mantenuto in caso di divorzio. I genitori detengono in comune anche il diritto di custodia. 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.

In **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. Se i genitori non sono uniti in matrimonio l'autorità parentale compete alla madre. I genitori possono tuttavia chiedere l'esercizio in comune dell'autorità parentale.

In **Belgio** in caso di divorzio l'esercizio dell'autorità parentale compete congiuntamente a entrambi i genitori. Anche i genitori non coniugati esercitano insieme l'autorità parentale.

In **Francia** di principio dopo il divorzio i genitori continuano a esercitare in comune l'autorità parentale. Anche se i genitori non sono uniti in matrimonio il principio è quello dell'autorità parentale congiunta.

In **Italia** in caso di divorzio i genitori restano titolari dell'autorità parentale. Al di fuori del matrimonio, in caso di convivenza e se il figlio è stato riconosciuto da entrambi i genitori, l'autorità parentale è esercitata congiuntamente. 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.

In **Inghilterra e Galles** genitori che divorziano conservano l'autorità parentale congiunta. Se i genitori non sono uniti in matrimonio, il padre può ottenere l'autorità parentale congiunta con la madre.

In **Danimarca** in caso di divorzio i genitori possono concludere una convenzione secondo cui continuano a esercitare in comune l'autorità parentale. Se i genitori non sono uniti in matrimonio, l'autorità parentale compete in certi casi soltanto alla madre.

⁴⁵ Art. 273 cpv. 2 CC; Emanuela Epiney-Colombo, op. cit., pag. 96.

⁴⁶ A. Wirz, op. cit., N. 2 ad art. 274 CC.

⁴⁷ Art. 220 CP. *Sottrazione di minorenne: Chiunque sottrae o si rifiuta di restituire un minorenne alla persona che esercita l'autorità parentale o la tutela, è punito, a querela di parte, con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.*

punita con una multa se la decisione giudiziaria contiene la comminatoria dell'art. 292 CP⁴⁸, ossia per disobbedienza a decisioni dell'autorità.

Il genitore che rifiuta di esercitare il suo diritto di visita senza un valido motivo potrebbe essere sanzionato anche in virtù dell'articolo 219 CP⁴⁹ (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 CP⁵⁰.

*** **

⁴⁸ Art. 292 CP. *Disobbedienza e decisioni dell'autorità. Chiunque non ottempera ad una decisione a lui intimata da una autorità competente o da un funzionario competente sotto comminatoria della pena prevista nel presente articolo, è punito con la multa.*

⁴⁹ Art. 219 CP. *Violazione del dovere d'assistenza o educazione. Chiunque viola o trascura il suo dovere d'assistenza o educazione verso un minore e in tal modo ne espone a pericolo lo sviluppo fisico o psichico, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria. Se il colpevole ha agito per negligenza, invece della pena detentiva o pecuniaria può essere pronunciata la multa.*

⁵⁰ Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia, Rapporto esplicativo sulla revisione del Codice civile (autorità parentale) e del Codice penale (art. 220) del gennaio 2009, pag. 28-29.