

Autorità parentale congiunta - nuove norme in vigore dal 1° luglio 2014

Avv. Alberto F. Forni, Lugano-Viganello

- A) Introduzione
- B) Gli articoli più rilevanti della nuova legge
- C) Diritto transitorio
- D) Il cognome dei figli nati al di fuori di un matrimonio
- E) Conclusioni

A) Introduzione

Il 1° luglio 2014 entrerà in vigore la modifica legislativa sull'autorità parentale congiunta. Sull'onda del caso Zaunegger c./Germania del 3 dicembre 2009 (cfr. ad es. caso - 276 e caso - 278 in www.divorzio.ch), anche la Svizzera ha dovuto adattarsi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Considerato che la legislazione elvetica sull'esercizio congiunto dell'autorità parentale corrisponde oggi essenzialmente a quella tedesca del caso Zaunegger, preso atto di tale decisione e delle altre che nel frattempo sono state pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (ad es. la sentenza Sporer c./Austria del 3 febbraio 2011), anche la Svizzera ha dovuto adattare il proprio diritto interno. Ricordiamo, infatti, che nel caso Zaunegger la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiaramente indicato che il diritto tedesco violava gli artt. 8 e 14 CEDU: in quella fattispecie un tribunale germanico aveva rifiutato di concedere l'autorità parentale congiunta ad un padre celibe solo perché la madre del figlio si era opposta alla richiesta, senza entrare nel merito ed esaminare l'interesse del minore.

Con la nuova legge sarà modificato in particolare il Codice Civile (CC) e le relative ordinanze che riguardano l'argomento dell'autorità parentale (con particolare riferimento all'Ordinanza sullo stato civile - OSC).

La nuova legge sancisce come regola l'autorità parentale congiunta, indipendentemente dallo stato civile dei genitori (art. 296 cpv. 2 nCC), segnatamente se gli stessi sono coniugati, separati, divorziati e anche non sposati.

Tuttavia per questi ultimi non vi sarà un automatismo. I genitori non sposati potranno chiedere all'Autorità Regionale di Protezione (in seguito ARP) di esercitare congiuntamente l'autorità parentale, senza la necessità di sottoporre una convenzione che determini la ripartizione delle spese di mantenimento e la loro partecipazione alle cure del figlio (come prevede l'attuale diritto: cfr. art. 298a cpv.1 CC) e senza che vi possa essere in merito un'indagine volta a verificarne l'adeguatezza (sul contenuto della dichiarazione cfr. art. 298a cpv. 2 nCC); se i genitori per contro non saranno d'accordo per l'esercizio congiunto dell'autorità parentale, su istanza del genitore che non la detiene l'ARP competente dovrà decidere in merito (art. 298a cpv. 1 nCC e art. 298b cpv. 2 nCC).

B) Gli articoli più rilevanti della nuova legge

a) Art. 296 nCC (Principi)

¹ L'autorità parentale è volta a garantire il bene del figlio.

² Finché minorenni, i figli sono soggetti all'autorità parentale congiunta del padre e della madre.

³ I genitori minorenni o sotto curatela generale non hanno autorità parentale. Raggiunta la maggiore età, ottengono l'autorità parentale. Se viene revocata la curatela generale, l'autorità di protezione dei minori decide in merito all'attribuzione dell'autorità parentale conformemente al bene del figlio.

L'art. 296 cpv. 2 nCC stabilisce il principio dell'autorità parentale congiunta indipendentemente dallo stato civile dei genitori. L'autorità parentale congiunta dovrà essere scartata solo se si è certi che vi sia una soluzione diversa più adatta a tutelare gli interessi del figlio. L'adeguatezza dell'esercizio congiunto dell'autorità parentale sarà presunta, spettando dunque al genitore che non la ritiene tale portare la prova del fatto che vada scartata.

b) Art. 298 nCC (Divorzio e altre procedure matrimoniali)

¹ Nell'ambito di una procedura di divorzio o di una procedura a tutela dell'unione coniugale il giudice attribuisce l'autorità parentale esclusiva a uno dei genitori se è necessario per tutelare il bene del figlio.

² Può anche limitarsi a disciplinare la custodia, le relazioni personali o la partecipazione di ciascun genitore alla cura del figlio, se non vi sono prospettive di un accordo in merito tra i genitori.

³ Invita l'autorità di protezione dei minori a nominare un tutore se né la madre né il padre sono idonei ad assumere l'autorità parentale.

In caso di divorzio, di separazione coniugale, nelle procedure cautelari ivi connesse e in quelle a tutela dell'unione coniugale vi sarà il principio dell'autorità parentale congiunta. Se tuttavia il giudice dovesse constatare che le condizioni per l'esercizio congiunto dell'autorità parentale non sono date, segnatamente se ciò serve per tutelare il bene del figlio, allora dovrà revocarla a uno o entrambi i genitori.

Il giudice, così come l'ARP nei casi di sua competenza, dovrà attenersi ai principi di sussidiarietà, complementarità e proporzionalità.

L'art. 298 cpv. 2 nCC permette al giudice di adottare decisioni riguardanti il luogo di dimora, l'accudimento del figlio, le relazioni personali e altro senza che con ciò occorra privare un genitore dell'autorità parentale.

c) Art. 298a nCC (Riconoscimento e sentenza di paternità. I. Dichiarazione dei genitori)

1 Se i genitori non sono uniti in matrimonio e il padre riconosce il figlio o se il rapporto di filiazione è stabilito per sentenza e al momento della pronuncia l'autorità parentale congiunta non è stata ancora disposta, l'autorità parentale congiunta viene istituita sulla base di una dichiarazione comune dei genitori.

2 In tale dichiarazione i genitori confermano di:

- 1. essere disposti ad assumersi congiuntamente la responsabilità del figlio; e*
- 2. essersi accordati in merito alla custodia, alle relazioni personali o alla partecipazione alla cura del figlio e al suo contributo di mantenimento.*

3 Prima di rilasciare la dichiarazione, i genitori possono valersi della consulenza dell'autorità di protezione dei minori.

4 La dichiarazione va indirizzata all'ufficio dello stato civile se i genitori la rilasciano contestualmente al riconoscimento del figlio. Se la rilasciano successivamente, la indirizzano all'autorità di protezione dei minori del domicilio del figlio.

5 Fintanto che non sia stata presentata la dichiarazione, l'autorità parentale spetta esclusivamente alla madre.

In caso di figli nati al di fuori di un matrimonio, se il padre riconosce il figlio, i genitori possono presentare all'ARP una dichiarazione comune, con la quale indicano cumulativamente di essere disposti ad assumere congiuntamente la responsabilità del figlio, di essersi accordati in merito alla custodia, alle relazioni personali o alla partecipazione alla cura del figlio e al suo contributo di mantenimento: non occorrerà tuttavia che forniscano informazioni specifiche sulla soluzione adottata e tanto meno l'ARP deve approvare una specifica regolamentazione (ciò che si discosta ampiamente dal diritto attuale).

Se viene rilasciata contestualmente al riconoscimento del figlio (che può avvenire prima o dopo la nascita) da parte del padre, la dichiarazione va concretizzata in uno specifico modulo e indirizzata dai genitori all'ufficio di stato civile: i genitori devono presentarsi insieme all'ufficio dello stato civile e la dichiarazione è resa su un modulo separato immediatamente dopo la dichiarazione del padre concernente il riconoscimento; negli altri casi va indirizzata all'ARP.

In assenza di tale dichiarazione, come è in vigore oggi, l'autorità parentale spetterà alla sola madre.

In caso di accoglimento di un'azione di paternità il giudice dovrà anche decidere l'autorità parentale congiunta, a meno che, per tutelare il bene del figlio, non occorra mantenere l'autorità parentale ad un solo genitore (art. 298c nCC); per una richiesta successiva alla decisione giudiziaria di paternità sull'esercizio comune dell'autorità parentale, vale per contro quanto previsto all'art. 298a cpv. 1 nCC.

d) Art. 298b nCC (II. Decisione dell'autorità di protezione dei minori)

1 Se uno dei genitori si rifiuta di rilasciare la dichiarazione comune, l'altro può rivolgersi

all'autorità di protezione dei minori del domicilio del figlio.

2 L'autorità di protezione dei minori dispone l'autorità parentale congiunta sempreché, per tutelare il bene del figlio, non si imponga di mantenere l'autorità parentale esclusiva della madre o di trasferirla al padre.

3 Contestualmente alla decisione sull'autorità parentale, l'autorità di protezione dei minori disciplina anche le altre questioni litigiose. È fatta salva l'azione di mantenimento.

4 Se la madre è minorenni o sotto curatela generale, l'autorità di protezione dei minori trasferisce l'autorità parentale al padre o nomina un tutore, scegliendo la soluzione più adatta a tutelare il bene del figlio.

Nel caso di un figlio nato al di fuori del matrimonio, se un genitore si oppone all'autorità parentale congiunta, l'altro genitore potrà rivolgersi all'ARP. Solo in casi eccezionali, laddove ravvisasse che per tutelare gli interessi del figlio sia più opportuna la soluzione dell'autorità parentale non congiunta, l'ARP potrà decidere di respingere tale richiesta. In altre parole l'autorità parentale congiunta va rifiutata solo se vi sono motivi per revocarla qualora fosse stata esercitata congiuntamente. Per la decisione l'ARP deve far riferimento ai criteri dell'art. 311 CC, il quale indica segnatamente i casi in cui si è in presenza di *“inesperienza, malattia, infermità, assenza o analoghi motivi”* e al fatto che i genitori *“non si sono curati seriamente del figlio o hanno violato gravemente i loro doveri nei suoi confronti”*; oltre a tali motivi vi sarà anche quello della violenza domestica, novità inserita nella modifica dell'art. 311 nCC.

e) Art. 301 cpv. 1bis nCC

1bis Il genitore che ha la cura del figlio può decidere autonomamente se:

- 3. si tratta di affari quotidiani o urgenti;*
- 4. il dispendio richiesto per raggiungere l'altro genitore non risulta ragionevole.*

Se con l'autorità parentale congiunta i genitori devono di principio decidere di comune accordo tutto ciò che riguarda il figlio, in caso di vita separata dei genitori ciò può causare dei problemi. Per evitare che l'esercizio in comune dell'autorità parentale possa divenire strumentale con fini ostruzionistici, la modifica legislativa ha previsto all'art. 301 cpv. 1bis, cifra 1, il diritto di decidere autonomamente gli affari quotidiani o urgenti da parte del genitore che in un determinato momento ha la cura del figlio. Sarà la prassi a determinare cosa s'intenda con *“affari quotidiani”*, ma si può pensare ad es. alle questioni relative al vestiario, al tempo libero, all'alimentazione, ecc. Sicuramente non rientreranno in questo campo di applicazione, segnatamente di deroga alla regola, le decisioni importanti riguardanti la confessione religiosa o la scuola. La distinzione va fatta secondo criteri oggettivi e non soggettivi; tanto per dare un esempio, la dieta vegetariana o vegana non può essere imposta da un genitore all'altro nei momenti in cui quest'ultimo ne esercita la cura.

La cifra 2. dell'art. 301 cpv. 1bis CC prevede che chi ha la cura del figlio possa decidere pure autonomamente se non gli sia possibile raggiungere l'altro in tempi e costi ragionevoli (ad es. se l'altro genitore è assente senza aver lasciato un recapito o un contatto).

La normativa non ha alcuna portata sui terzi di buona fede, i quali, come oggi, possono presumere che ciascun genitore agisca con il consenso dell'altro, ritenuto che ciascun genitore continua rappresentare validamente il figlio nei limiti dell'autorità parentale (art. 304 CC).

Un argomento che riveste sicura importanza è quello relativo al *luogo di dimora del minore*, segnatamente il suo trasferimento. È ciò che viene regolamentato dall'art. 301a nCC.

f) Art. 301a nCC (II. Determinazione del luogo di dimora)

¹ L'autorità parentale include il diritto di determinare il luogo di dimora del figlio.

² Se i genitori esercitano l'autorità parentale congiuntamente, un genitore può modificare il luogo di dimora del figlio soltanto con il consenso dell'altro genitore oppure per decisione del giudice o dell'autorità di protezione dei minori, qualora:

- a. il nuovo luogo di dimora si trovi all'estero; o*
- b. la modifica del luogo di dimora abbia ripercussioni rilevanti sull'esercizio dell'autorità parentale da parte dell'altro genitore e sulle relazioni personali.*

³ Il genitore che detiene l'autorità parentale esclusiva informa tempestivamente l'altro genitore se intende modificare il luogo di dimora del figlio.

⁴ Il genitore che intende cambiare il proprio domicilio ha lo stesso obbligo di informazione.

⁵ Se necessario, i genitori si accordano, conformemente al bene del figlio, in merito a una modifica dell'autorità parentale, della custodia, delle relazioni personali e del contributo di mantenimento. Se non raggiungono un accordo, decide il giudice o l'autorità di protezione dei minori.

La nuova legge chiarisce il rapporto tra l'autorità parentale e il diritto di determinare il luogo di dimora del minore. Contrariamente all'attuale diritto, dove il luogo di dimora è determinato dal detentore della custodia parentale (DTF 128 III 9 – caso-62 in www.divorzio.ch), indipendentemente dall'autorità parentale congiunta, il nuovo diritto fa rientrare nel concetto di autorità parentale anche la determinazione del luogo di dimora del figlio. Di conseguenza non sarà più possibile – ciò che ancora una volta lo è secondo il diritto attuale, cfr. DTF 136 III 353, consid. 3.2) – permettere al giudice delle misure a tutela dell'unione coniugale di mantenere l'autorità parentale congiunta e nello stesso tempo riservare a un solo genitore il diritto di determinare il luogo di residenza del figlio.

I genitori determinano assieme il luogo di dimora del figlio e il suo trasferimento, segnatamente se il nuovo luogo di dimora dovesse essere all'estero oppure se la modifica del luogo di dimora dovesse avere delle ripercussioni rilevanti sull'esercizio

dell'autorità parentale da parte dell'altro genitore e sulle relazioni personali (comunemente e impropriamente denominato "diritto di visita").

Per essere concreti, se un genitore separato o divorziato cambia luogo di residenza e il tragitto per le visite si modifica leggermente, non vi saranno motivi per ritenere questo cambiamento lesivo dell'art. 301a cpv. 2 nCC. Necessiterà per contro sempre il consenso di entrambi i detentori dell'autorità parentale il trasferimento all'estero, poco importa se avviene ad es. da Chiasso a Ponte Chiasso, in pochi metri di distanza.

Da notare che la limitazione non si applica solo al genitore a cui ad es. il giudice ha attribuito la custodia parentale, ma anche all'altro, dato che in entrambi i casi possono manifestarsi difficoltà nell'esercizio comune dell'autorità parentale e per il mantenimento della regolamentazione adottata sulle visite.

Qualora i genitori non si dovessero accordare, sarà nuovamente il giudice o l'ARP a dover decidere.

C) Diritto transitorio

Art. 12 cpv. 3 e 4 Titolo Finale CC

4 Se all'entrata in vigore della modifica del 21 giugno 2013 l'autorità parentale spetta a un solo genitore, l'altro genitore può, entro un anno dall'entrata in vigore del nuovo diritto, chiedere all'autorità competente di disporre l'autorità parentale congiunta. L'articolo 298b si applica per analogia.

5 Il genitore che in occasione del divorzio è stato privato dell'autorità parentale può rivolgersi individualmente al giudice competente soltanto se il divorzio non risale a più di cinque anni dall'entrata in vigore della modifica del 21 giugno 2013.

Innanzitutto va detto che l'autorità parentale fa parte degli effetti della filiazione e pertanto in applicazione dell'art. 12 cpv. 1 CC, titolo finale, è retta dal nuovo diritto.

Per quanto concerne le coppie non sposate, il genitore che al 1° luglio 2014 non ha l'autorità parentale può chiedere entro il 30 giugno 2015 all'ARP competente di poter beneficiare dell'autorità parentale congiunta. In questi casi, come per l'art. 298b nCC, solo per circostanze eccezionali l'ARP potrà decidere di respingere l'istanza.

Di particolare interesse rivestono le situazioni in cui nell'ambito del divorzio l'autorità parentale è stata attribuita ad un solo genitore. In quei casi, il genitore all'epoca privato dell'autorità parentale potrà rivolgersi con istanza unilaterale al giudice per chiedere l'esercizio dell'autorità parentale congiunta, ma a condizione che il divorzio non sia stato pronunciato più di cinque anni a contare dal 1° luglio 2014 (per cui non deve risalire a prima del 30 giugno 2009); in questi casi, anche se l'art. 12 cpv. 5 (contrariamente al cpv. 4 per le coppie non sposate) del Titolo finale CC non lo indica esplicitamente, ritengo sia applicabile la portata dell'art. 298b nCC, segnatamente il cpv. 2.

Resta inteso che una modifica di una sentenza di divorzio emanata prima del 30 giugno 2009, con cui si chiede l'esercizio congiunto dell'autorità parentale, resterà pur sempre possibile, ma in questo caso alle condizioni dell'art. 134 CC, ossia alla presenza di fatti nuovi.

D) Il cognome dei figli nati al di fuori di un matrimonio

Un discorso a sé, di sicuro interesse, è quello concernente il cognome dei figli dei genitori non coniugati, il quale non dipenderà dall'esercizio comune o meno dell'autorità parentale.

Art. 270a cpv. 1 e 2 CC (II. Figlio di genitori non coniugati)

¹ *Se l'autorità parentale spetta a un solo genitore, il figlio ne assume il cognome da nubile o da celibe. Se l'autorità parentale è esercitata congiuntamente, i genitori stabiliscono se il figlio porterà il cognome da nubile della madre o il cognome da celibe del padre.*

² *Se l'autorità parentale congiunta è istituita dopo la nascita del primo figlio, entro un anno dalla sua istituzione i genitori possono dichiarare all'ufficiale dello stato civile che il figlio porterà il cognome da nubile o da celibe dell'altro genitore. La dichiarazione vale per tutti i figli comuni, a prescindere dall'attribuzione dell'autorità parentale.*

Art. 37a cpv. 1, 2 e 3 nOSC (Cognome del figlio di genitori non coniugati)

¹ *Il cognome del figlio di genitori non uniti in matrimonio è retto dall'articolo 270a CC.*

² *Se alla nascita del primo figlio l'autorità parentale è attribuita a uno dei genitori (art. 298a cpv. 5, 298b cpv. 4 oppure 298c CC) il figlio ne assume il cognome da celibe o nubile.*

³ *Se alla nascita del primo figlio l'autorità parentale è attribuita congiuntamente ai genitori, al momento della notificazione scritta della nascita i genitori dichiarano all'ufficiale dello stato civile quale cognome da celibe o nubile porteranno i propri figli.*

Relativamente al cognome, con la riforma legislativa il figlio comune di genitori non uniti in matrimonio ma con autorità parentale congiunta sarà equiparato ai figli nati da genitori coniugati, nel senso che anche i genitori non coniugati decideranno quale cognome porteranno i loro figli, se quello della madre o quello del padre. Se normalmente una coppia coniugata sceglie il cognome di famiglia in occasione del matrimonio, i genitori non uniti in matrimonio invece stabiliranno il cognome che porteranno i loro figli al momento della nascita del primogenito. Il cognome così scelto varrà per tutti i figli comuni della coppia. Per contro, qualora l'autorità parentale non fosse congiunta, l'art. 270a cpv. 2 CC regolerà la situazione e deciderà pertanto il detentore esclusivo dell'autorità parentale.

E) Conclusioni

L'esperienza dell'autorità parentale congiunta è nota alla svizzera sin dal 2000, quando il nuovo diritto del divorzio ha sostituito quello precedente e ha permesso, seppur a determinate condizioni piuttosto restrittive, di poterla attuare anche dopo la dissoluzione giudiziaria del matrimonio e per le coppie non sposate. In tutti i casi in cui l'autorità parentale

è stata percepita come responsabilità – ed è così che deve essere intesa – il risultato è stato di portare i genitori a mantenere quella necessaria collaborazione che deve rimanere nonostante la cessazione della vita comune. Mentre in quei casi in cui è stata ostentata come diritto dell'adulto, l'esperienza è stata – e rimarrà – negativa, poiché percepita come mezzo di litigio e non più come un diritto del minore. Con la nuova legge sarà importante mantenere nei fatti ciò che il legislatore ha inteso, vale a dire tenere sempre in considerazione quale principio determinante l'interesse del minore.

Fonte principale: Messaggio concernente la modifica del Codice civile svizzero (Autorità parentale) del 16 novembre 2011 (FF 2011, 8025)

Lugano, giugno 2014