



MODERNIZZAZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA

Rapporto del Consiglio federale
relativo al postulato Fehr (12.3607)

Marzo 2015

Sommario

1	Mandato	5
1.1	Postulato Fehr (12.3607)	5
1.1.1	Testo del postulato	5
1.1.2	Trattamento del postulato	5
1.1.3	Perizie esterne	5
1.1.4	Convegno sulla modernizzazione del diritto di famiglia	6
1.2	Scopo del presente rapporto	6
2	Situazione iniziale	7
2.1	La famiglia tra passato e presente	7
2.1.1	L'evoluzione dell'immagine tradizionale della famiglia	7
2.1.2	L'evoluzione sociopolitica e il ruolo della donna	7
2.1.3	Conciliabilità tra famiglia e lavoro	8
2.2	Effetti della CEDU sul diritto di famiglia	8
2.2.1	Osservazioni generali	8
2.2.2	Principio della non discriminazione	9
2.3	Disciplinamento all'estero	10
2.3.1	Osservazioni generali	10
2.3.2	Unioni omosessuali	11
2.3.3	La convivenza di fatto	11
2.3.4	La filiazione	11
3	Sfide e principi di un diritto di famiglia moderno	12
3.1	Il cambiamento sociale	12
3.2	Attuali sviluppi giuridici	12
3.3	Le relazioni personali tra adulti	13
3.3.1	I tre principi guida	13
3.3.2	La libertà di organizzare la propria vita privata	14
3.3.3	La responsabilità per le proprie scelte di vita	14
3.3.4	La salvaguardia del diritto costituzionale al matrimonio e alla famiglia	15
3.4	Il diritto della filiazione	15
3.4.1	I tre principi guida	15
3.4.2	Il bene del minore	15
3.4.3	La parità di trattamento dei figli nati nel o fuori dal matrimonio	15
3.4.4	Il riconoscimento del figlio come soggetto di diritto autonomo	16
3.5	Il diritto successorio	16
3.6	Garantire la coerenza nel diritto	17
3.6.1	Osservazioni generali	17
3.6.2	La coerenza nei trattati internazionali	17
3.6.3	Il diritto internazionale privato	18
3.6.4	Il diritto internazionale di procedura civile	18
4	Le relazioni personali tra adulti	19
4.1	L'importanza del matrimonio	19
4.2	L'unione domestica registrata	19
4.2.1	Osservazioni generali	19
4.2.2	Le garanzie costituzionali	20
4.2.3	Il rapporto tra l'unione domestica registrata e il matrimonio	20
4.3	I matrimoni e altri istituti simili celebrati all'estero	21
4.3.1	Il riconoscimento dei matrimoni celebrati all'estero tra partner dello stesso sesso	21
4.3.2	Il riconoscimento delle unioni domestiche registrate all'estero per partner di sesso diverso	21

4.3.3	Il mancato riconoscimento dei matrimoni poligami non esclude la tutela di donne e bambini	22
4.3.4	Il riconoscimento dei matrimoni con i minorenni	22
4.3.5	I matrimoni per procura.....	23
4.3.6	Il riconoscimento delle convivenze di fatto o puramente contrattuali.....	23
4.3.7	Valutazione	23
4.4	La convivenza di fatto	23
4.4.1	Osservazioni generali	23
4.4.2	Diritto comparato	24
4.4.3	Considerazioni di fondo	25
4.4.4	Quando è data una convivenza di fatto?.....	25
4.4.5	Applicazione per analogia delle disposizioni del diritto del matrimonio?	26
4.4.6	Modello <i>opt-in</i> o modello <i>opt-out</i> ?	26
4.4.7	<i>Excursus</i> : il <i>pacte civil de solidarité (PACS)</i> secondo il diritto francese.....	27
4.4.8	Valutazione	28
4.5	Le designazioni di stato civile	30
4.5.1	Osservazioni generali	30
4.5.2	Funzione degli stati civili	30
4.5.3	Valutazione	31
4.6	Diritto del cognome	31
4.6.1	Osservazioni generali	31
4.6.2	Valutazione	32
5	Diritto della filiazione	32
5.1	Osservazioni generali	32
5.2	Autorità parentale	33
5.2.1	Principi della normativa vigente.....	33
5.2.2	Concessione dell'autorità parentale a terzi (in particolare ai patrigni e alle matrigne)?	34
5.2.3	Valutazione	34
5.3	Maternità	34
5.3.1	Il principio <i>mater semper certa est</i>	34
5.3.2	Sviluppi nella medicina riproduttiva	34
5.3.3	Valutazione	35
5.4	Paternità.....	35
5.4.1	L'istituzione della paternità	35
5.4.2	Situazione giuridica attuale.....	35
5.4.3	Fatti biologici e rapporti giuridici	36
5.4.4	Valutazione	36
5.5	Scioglimento del rapporto di filiazione	37
5.6	La maternità sostitutiva e la donazione di oociti	37
5.6.1	Osservazioni generali	37
5.6.2	Maternità sostitutiva estera.....	38
5.6.3	Valutazione	39
5.7	Adozione	39
5.7.1	Osservazioni generali	40
5.7.2	L'attualerevisione delle condizioni per l'adozione	40
5.7.3	Altre richieste di revisione.....	41
6	Questioni finanziarie	41
6.1	Osservazioni generali	41
6.1.1	Povertà familiare.....	42
6.2	Il contributo di mantenimento dopo il divorzio	43
6.2.1	Il principio del <i>clean break</i>	43

6.2.2	Eccezione: il diritto al mantenimento dopo il divorzio o lo scioglimento dell'unione domestica registrata	43
6.2.3	Gestione dei casi di ammanco dopo il divorzio	43
6.2.4	Valutazione	44
6.3	Diritto del figlio al mantenimento	45
6.3.1	Osservazioni generali	45
6.3.2	Impostazione del mantenimento del figlio secondo il progetto del Consiglio federale	45
6.3.3	Il contributo minimo di mantenimento del figlio	46
6.3.4	Lotta alla povertà infantile.....	46
6.3.5	Valutazione	47
6.4	I regimi matrimoniali	47
6.4.1	Il regime matrimoniale legale.....	47
6.4.2	I regimi matrimoniali convenzionali	48
6.4.3	Verso un cambiamento di regime matrimoniale legale?	48
6.4.4	Valutazione	48
6.5	Il conguaglio della previdenza professionale tra coniugi e partner registrati	49
6.5.1	Osservazioni generali	49
6.5.2	Spunto per la corrente revisione.....	49
6.5.3	I principi del progetto di revisione.....	50
6.5.4	Divisione delle pretese in materia di previdenza professionale tra i conviventi di fatto?	50
6.5.5	Il prelievo anticipato di fondi previdenziali per la promozione della proprietà d'abitazioni: prospettive	51
7	Diritto successorio	51
8	Modernizzazione al di fuori del diritto di famiglia materiale	52
8.1	Le correlazioni tra i diversi ambiti giuridici	52
8.2	Panoramica delle prestazioni di diritto in materia di assicurazioni sociali	52
8.3	Correlazioni con il diritto fiscale	54
8.4	Questioni procedurali	55
9	Valutazione globale	56

1 Mandato

1.1 Postulato Fehr (12.3607)

1.1.1 Testo del postulato

Il postulato 12.3607 Fehr «Un diritto civile e in particolare un diritto di famiglia coerente e moderno» è stato presentato il 15 giugno 2012. Il suo tenore è il seguente:

«Il Consiglio federale è incaricato di stilare un rapporto in cui illustra come adeguare le nostre basi legali – anzitutto di diritto civile e in particolare il diritto di famiglia – alle condizioni sociali attuali e future, tenendo conto soprattutto delle nuove forme familiari, quali il crescente numero di concubini anziani e l'aumento dei matrimoni binazionali, nonché del principio della parità di trattamento delle varie forme di convivenza.»

Il postulato porta la seguente motivazione:

«La libertà personale è un bene prezioso nella nostra società. Ciò si esprime tra l'altro nelle diverse forme di convivenza sorte negli ultimi anni. Il nostro diritto non risponde tuttavia appieno a tale realtà. Ad esempio, oggi un convivente di lunga data non ha il diritto di visitare o decidere per la sua compagna in cure intense dopo un incidente. Anche dal punto di vista del diritto successorio, i concubini non hanno gli stessi diritti di cui beneficiano le coppie sposate. Inoltre continuano a sussistere questioni in sospeso nel caso di altre forme di convivenza (p. es. coppie omosessuali).

Una trentina di anni fa il nuovo diritto matrimoniale ha reimpostato il diritto di famiglia. Da allora è stato possibile attuare con successo alcune ulteriori riforme, come ad esempio il diritto in materia di cognome o la legge sull'unione domestica registrata. Per proseguire su tale via puntando a un diritto civile coerente e moderno, occorre dapprima un rapporto che fornisca una visione d'insieme e abbozzi possibili progetti di riforma.

Tale rapporto non dovrà tuttavia finire in un cassetto. Per questo motivo occorre cercare sin dall'inizio il dialogo con attori della nostra variegata società (società civile, politica, religione, scienza, cultura ed economia).»

1.1.2 Trattamento del postulato

Il 29 agosto 2012, il Consiglio federale ha proposto di accogliere il postulato, poi trasmesso dal Consiglio nazionale il 14 dicembre 2012 con 102 voti a 88¹. Con il presente rapporto il Consiglio federale adempie il mandato del Parlamento.

1.1.3 Perizie esterne

Nell'ambito dei lavori preliminari sul presente rapporto, l'Ufficio federale di giustizia ha commissionato tre perizie esterne. La professoressa Schwenzer dell'Università di Basilea è stata invitata a illustrare la propria visione di un diritto civile, e in particolare di un diritto di famiglia coerente e moderno, alla luce dei mutamenti intervenuti nella società². L'Istituto svizzero di

¹ Boll. Uff. 2012, N 2247.

² INGEBOURG SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht», agosto 2013, pubblicato sul sito web dell'Ufficio federale di giustizia (UFG): www.ufg.admin.ch > Attualità > Manifestazioni > Avvenire del diritto di famiglia e in Fampra.ch 2014, pag. 966 segg. (a seguire: perizia SCHWENZER; non disponibile in italiano).

diritto comparato di Losanna è stato incaricato della realizzazione di uno studio comprendente gli attuali sviluppi del diritto di famiglia e, in parte, del diritto successorio negli Stati limitrofi e un'analisi comparatistica di tali tendenze; lo studio rinuncia intenzionalmente a una panoramica del diritto di famiglia e del diritto successorio a favore di *temi specifici di maggiore interesse*³. Infine, al professor Schwander dell'Università di San Gallo è stato chiesto di presentare le innovazioni possibili e auspicabili da un punto di vista del diritto privato internazionale⁴.

Il presente rapporto rispecchia le modifiche di legge più recenti e i lavori legislativi in corso in materia di diritto di famiglia e di diritto successorio svizzeri, nell'ambito dei quali è già possibile identificare alcune tendenze più o meno chiare. Le idee qui schematizzate si fondano su tali tendenze e, in gran parte, sulle informazioni e proposte delle tre perizie esterne.

1.1.4 Convegno sulla modernizzazione del diritto di famiglia

Il postulato impone al Consiglio federale di discutere la sua visione di una modernizzazione del diritto di famiglia con le cerchie di società civile, politica, religione, scienza e cultura. Il 24 giugno 2014, nell'ambito di un convegno tenutosi presso l'Università di Friburgo e a cui hanno partecipato più di 400 persone, sono stati discussi in un dibattito pubblico diversi modelli di modernizzazione⁵. In quest'occasione sono state illustrate posizioni in parte controverse: alcuni oratori considerano ancora il matrimonio come l'unico tipo di relazione da disciplinare per legge, mentre altri invocano l'equiparazione della convivenza di fatto all'unione coniugale. I partecipanti che hanno auspicato un'apertura del diritto di famiglia hanno anche sottolineato l'importanza degli aspetti relativi all'ambito delle assicurazioni sociali e del diritto fiscale: si tratta di interazioni molteplici e complesse che una riflessione sulla modernizzazione del diritto di famiglia non può trascurare.

1.2 Scopo del presente rapporto

Con il presente rapporto il Consiglio federale sottopone al Parlamento una panoramica degli obiettivi e dello stato attuale della modernizzazione del diritto di famiglia. Consapevole del fatto che molte delle tematiche ivi discusse sono politicamente molto controverse e dipendono in gran parte da giudizi di valore della società, il rapporto non presenta un modello complessivo di un moderno diritto di famiglia, ma si limita a descrivere le importanti questioni che si pongono o si porranno nei prossimi anni per la società e la politica e ad avviare così la necessaria discussione.

³ Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Gutachten zur Modernisierung des Familienrechts in der Schweiz, Lausanne, settembre 2013, pubblicato sul sito dell'UFG (cfr. nota 2) (a seguire: perizia ISDC; non disponibile in italiano).

⁴ IVO SCHWANDER, Gutachten zu Fragen des Internationalen Privat- und des Internationalen Zivilprozessrechts im Zusammenhang mit der Modernisierung des Familienrechts, ott. 2013, integrato il 3 apr. 2014, pubblicato sul sito web dell'UFG (cfr. nota 2) (a seguire: perizia SCHWANDER; non disponibile in italiano).

⁵ Gli atti del convegno sono pubblicati sul sito web dell'UFG (cfr. nota 2; non disponibili in italiano). I singoli contributi sono pubblicati in Fampra.ch 2014, pag. 779 segg.

2 Situazione iniziale

2.1 La famiglia tra passato e presente

Dall'adozione del Codice civile il ruolo della donna nella società è profondamente cambiato: sebbene la famiglia in esso rappresentata sia ancora una realtà molto diffusa, una parte importante della popolazione vive oggi al di fuori della cornice di tali norme giuridiche e delle rappresentazioni che veicolano.

2.1.1 L'evoluzione dell'immagine tradizionale della famiglia

Il Codice civile svizzero del 1907⁶ (CC) si è dimostrato un ottimo strumento per decenni, adattandosi ai cambiamenti sociali con estrema flessibilità. Dal 1945 ha avuto luogo uno *sviluppo economico* senza precedenti rispetto al contesto sociale in cui il codice civile unitario è stato adottato a inizio Novecento. Uno dei suoi effetti è stato il cambiamento radicale dell'immagine tradizionale della famiglia. Il divorzio, che ai tempi dell'introduzione del CC costituiva ancora un fenomeno marginale, è diventato un evento ordinario: secondo le statistiche, al giorno d'oggi quasi la metà dei matrimoni finisce in un divorzio. Ne conseguono non solo seconde e terze relazioni, ma anche le cosiddette famiglie patchwork, in cui i bambini spesso non crescono semplicemente con i propri genitori biologici, ma convivono con un genitore e il suo nuovo partner, che in molti casi porta a sua volta figli propri nella comunione domestica.

L'istituzione del matrimonio ha perso la sua posizione di monopolio⁷ e il *numero di figli nati fuori dal matrimonio* è aumentato considerevolmente negli ultimi anni: sempre più bambini crescono con genitori che non si sono sposati per una scelta consapevole di vita o perché non è stato possibile celebrare il matrimonio per altri motivi. Di conseguenza, sempre più padri chiedono che sia migliorato il loro statuto giuridico nei confronti dei figli, sia al di fuori del matrimonio che dopo un divorzio. Negli ultimi anni, inoltre, sono diventate sempre più pressanti le richieste delle coppie omosessuali che non si accontentano di un riconoscimento giuridico della loro unione, ma chiedono l'*equiparazione alle coppie sposate*, anche per quanto riguarda gli aspetti relativi ai figli. In particolare, chiedono di poter accedere all'adozione del figlio del loro partner o di quello di terzi⁸.

2.1.2 L'evoluzione sociopolitica e il ruolo della donna

Con la crescita economica è cambiato anche lo *statuto giuridico della donna*: secondo la concezione originaria del codice civile, mentre da nubile le era attribuita piena capacità di acquistare diritti e di contrarre obbligazioni, dopo il matrimonio perdeva la propria autonomia ed era posta sotto la tutela del marito. Curiosamente, la Svizzera ha eliminato dalla legge questa concezione dei ruoli maschili e femminili soltanto nel 1988, concedendo pari diritti a mariti e mogli. Per raggiungere un'effettiva uguaglianza nel diritto in materia di cognome e di cittadinanza sono stati invece necessari altri 25 anni.

All'autonomia giuridica è seguita anche una maggiore *indipendenza finanziaria delle donne*. Oggigiorno la maggior parte delle giovani donne porta a termine una formazione⁹ e molte

⁶ Codice civile svizzero del 10 dic. 1907 (RS 210).

⁷ KLAUS PREISNER, *Familiärer Wandel und Wandel von Familienrecht und -politik*, Fampra.ch 2014, pag. 784 segg., pag. 786.

⁸ Secondo una stima, in Svizzera vi sono tra 6000 e 30 000 bambini con genitori dello stesso sesso. In Germania, il valore si attesta allo 0,5 % di tutti i bambini. In Francia, il numero è stimato tra 24 000 e 40 000 bambini. Cfr. EVELYNE Y. NAY, *Que(e)r zum Recht?*, Fampra.ch 2013, pag. 366 segg., pag. 370 con ulteriori riferimenti.

⁹ Nel 2000, ca. l'8 % delle donne svizzere tra i 20 e i 29 anni d'età non aveva una formazione; la quota corrisponde a quella degli uomini. Nella fascia d'età 60–69 le donne raggiungono il 13 % e gli uomini il 10 %. Non si può tuttavia parlare di parità in ambito educativo, tanto più che la quota delle giovani donne che al termine della scuola dell'obbligo non seguono una

continuano a lavorare anche dopo il matrimonio, sia per volere proprio che per motivi finanziari. Il numero di madri che esercitano un'attività lucrativa (a tempo parziale) fuori casa continua a crescere e in Svizzera è particolarmente elevato rispetto ad altri Paesi europei, sebbene prevalgano le percentuali di lavoro ridotte¹⁰. Allo stesso tempo, sono ben 50 000 le donne che non lavorano e si dedicano alla cura della casa e dei figli sebbene in possesso di un diploma universitario¹¹, mentre è elevato il numero di donne che intraprende un'attività lucrativa per necessità finanziarie dopo un divorzio. Tenendo conto del fatto che statisticamente vi sono tanti matrimoni quanti divorzi, il numero di donne impegnate in un'attività retribuita fuori casa continuerà ad aumentare¹². Un diritto di famiglia moderno dovrà prendere in considerazione questa tendenza.

2.1.3 Conciliabilità tra famiglia e lavoro

L'attività lavorativa dei genitori è oggi semplificata o in parte addirittura dipendente dalle *possibilità di un accudimento extrafamiliare dei figli*. Il potenziale in quest'ambito è tuttavia ancora notevole e il promovimento della custodia extrafamiliare resta, dal punto di vista del Consiglio federale, un tema politico di centrale importanza. Questo compito è principalmente di competenza dei Cantoni e dei Comuni. La Confederazione si impegna invece in un programma di incentivazione, limitato nel tempo, che concede aiuti finanziari per l'istituzione di strutture di custodia per l'infanzia che siano complementari alla famiglia e adatte alle esigenze. Il Parlamento federale ha deciso il 10 settembre 2014, di prorogare il programma per altri quattro anni fino al 31 gennaio 2019¹³.

2.2 Effetti della CEDU sul diritto di famiglia

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali tutela il diritto al matrimonio. La protezione della vita privata e familiare non si limita però esclusivamente alle coppie sposate e ai loro figli.

2.2.1 Osservazioni generali

Diverse disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950¹⁴ (CEDU) garantiscono i diritti fondamentali relativi al diritto di famiglia: si tratta degli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 12 (diritto al matrimonio) CEDU, nonché dell'articolo 5 del Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984¹⁵ (eguaglianza tra i coniugi). In riferimento a tali garanzie può inoltre essere invocato il principio di non discriminazione stabilito dall'articolo 14 CEDU.

formazione o ne assolvono una marcatamente più breve è molto più alta di quella degli uomini; cfr. ELISABETH BÜHLER/CORINNA HEYE, Eidgenössische Volkszählung 2000, Fortschritte und Stagnation in der Gleichstellung der Geschlechter 1970–2000, Ufficio federale di statistica, Neuchâtel 2005 (non disponibile in italiano).

¹⁰ In Svizzera, ca. il 72,4 % delle donne in età lavorativa (16–64 anni) svolge un'attività lucrativa.

¹¹ Ufficio federale di statistica, Rilevazione sulle forze di lavoro in Svizzera 2013.

¹² Cfr. postulato 13.3826 («Obbligo di mantenimento dopo il divorzio», Frehner), secondo cui va esaminato se analogamente a quanto previsto dal diritto tedesco in materia, anche in Svizzera dev'essere, per legge, ragionevolmente esigibile che una donna divorziata riprenda l'attività lucrativa quando il figlio minore ha compiuto tre anni.

¹³ FF 2015, 1223 seg.

¹⁴ Convenzione del 4 nov. 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU; RS 101).

¹⁵ Protocollo n. 7 del 22 nov. 1984 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS 0.101.07).

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) considera la CEDU uno «strumento vivo» (*instrument vivant*¹⁶) che non può essere avulso dalle circostanze del momento e deve essere interpretato alla luce delle condizioni economiche e sociali correnti¹⁷. La CEDU deve garantire diritti che non sono teorici e illusori, ma pratici ed efficaci¹⁸. La prassi della Corte è stata in parte criticata perché correggerebbe, in nome dei diritti umani, decisioni politico-giuridiche controverse nel paese d'origine, riducendo così notevolmente il margine di manovra dei legislatori nazionali¹⁹. Questa critica ignora che il compito della Corte EDU è proprio quello di esaminare, su richiesta, il rispetto dei requisiti della CEDU da parte degli Stati contraenti²⁰. Sarebbe inconcepibile esaminare temicome la parità tra i coniugi, l'orientamento sessuale o il bene del minore fossero senza tener conto dei valori attuali, ma esclusivamente secondo i criteri applicabili al momento della nascita della CEDU. Tutt'altra questione è, invece, se il modo in cui la Corte procede a tali verifiche e motiva le proprie sentenze sia sempre convincente. In generale, la Corte adotta un approccio orientato al singolo caso, che permette solo limitatamente di trasporre le conclusioni raggiunte ad altri casi²¹.

Nonostante queste considerazioni, si possono individuare alcune *linee principali* tracciate dalla giurisprudenza della Corte EDU in vari settori del diritto di famiglia e il suo impatto sulla legislazione e la giurisprudenza nazionali. Nella sua sentenza *F. contro la Svizzera*, ad esempio, la Corte EDU ha dichiarato che il divieto di contrarre un nuovo matrimonio per tre anni, imposto ai sensi dell'articolo 150 CC allora in vigore, sebbene molto raramente applicato, costituiva una violazione del diritto al matrimonio²². L'esempio svizzero più noto riguarda il diritto in materia di cognome dei coniugi: le disposizioni entrate in vigore il 1° gennaio 1988 hanno portato a due sentenze della Corte EDU, rispettivamente nel 1994 e nel 2010²³, a seguito delle quali l'Assemblea federale ha approvato la revisione del diritto in materia di cognome entrata in vigore il 1° gennaio 2013.

2.2.2 Principio della non discriminazione

La CEDU vieta la discriminazione nella concessione dei diritti e delle libertà che garantisce. La Corte EDU accorda grande importanza a questo principio nel diritto di famiglia. Esempari sono al riguardo diverse sentenze contro altri Stati contraenti. Nel 1979, la Corte ha qualificato come violazione discriminatoria del diritto alla vita privata la disparità di trattamento in materia di diritto successorio riservata ai figli nati fuori dal matrimonio²⁴. Poco prima, il 1° gennaio 1978, in Svizzera era entrata in vigore la revisione del diritto della filiazione che dava a questi bambini gli stessi diritti dei figli nati nel matrimonio in termini di diritto successorio²⁵. Nonostante ciò, nel 2006, la Corte EDU ha condannato la Svizzera per violazione discriminatoria del diritto alla vita privata per un caso in cui le autorità di polizia non avevano permesso al richiedente di riesumare il suo presunto padre biologico per stabilire la filiazione

¹⁶ Per la prima volta esplicitamente in: *Tyrer contro il Regno Unito* (ricorso n. 5856/72), § 31; cfr. DTF 139 I 16, 30; 137 I 284, 288; CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5ª ed., Monaco 2012, pag. 30 segg.

¹⁷ Tra gli altri: JOCHEN ABR. FROWEIN, in: Frowein/Peukert (a cura di), *EMRK-Kommentar*, 3a edizione, Kehl/Strassburg/Arlington 2008, Einführung N 8 con ulteriori rinvii.

¹⁸ *Airey contro l'Irlanda* (ricorso n. 6289/73), § 24.

¹⁹ Cfr. HANSJÖRG SEILER, *Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege*, ZBJV 2014, pag. 265 segg.

²⁰ Cfr. tra gli altri EDGAR LENSKI, in: *Karpenstein/Mayer* (Hrsg.), *EMRK-Kommentar*, Monaco 2012, art. 19 N 6 seg.

²¹ Cfr. a titolo di esempio la decisione *Emonet e altri contro la Svizzera* (ricorso n. 39051/03) in cui la Corte non ha criticato le disposizioni legali sull'adozione singola, ma la loro applicazione nel caso concreto e molto specifico.

²² *F. contro la Svizzera* (ricorso n. 11329/85).

²³ Sentenza *Burghartz contro la Svizzera* (ricorso n. 16213/90) e *Losonci Rose e Rose contro la Svizzera* (ricorso n. 664/06).

²⁴ *Marckx contro il Belgio* (ricorso n. 6833/74); *Vermeire contro il Belgio* (ricorso n. 12849/87); *Camp e Bourimi contro i Paesi Bassi* (ricorso n. 28369/59).

²⁵ RU 1977 237.

attraverso l'analisi del DNA²⁶. Secondo la Corte, inoltre, il minore ha diritto a intrattenere delle relazioni personali con *entrambi* i genitori, a prescindere dal loro stato civile; lo stesso diritto va riconosciuto ai genitori nei confronti del figlio²⁷. La tutela del bene del minore esige una ponderazione esaustiva degli interessi caso per caso; ciò vale anche quando un terzo afferma di essere il padre biologico del bambino e rivendica il diritto di contattarlo contro la volontà dei genitori sposati²⁸. Questi esempi mostrano che l'articolo 8 CEDU non tutela soltanto la vita coniugale, ma la vita privata e familiare in un senso più ampio. Ne sono esempio due recenti decisioni di principio della Grande Camera sulla discriminazione a causa dell'orientamento sessuale. Secondo la Corte EDU, è discriminante e contrario al rispetto della vita privata e familiare di una persona rifiutarle il diritto all'adozione singola perché è in una relazione con una persona dello stesso sesso²⁹. Queste considerazioni si applicano anche all'adozione del figlio biologico del partner³⁰. Nella misura in cui uno Stato contraente consente alle coppie eterosessuali non sposate di adottare il figlio del partner, deve permetterlo anche alle coppie dello stesso sesso. Per contro, è lecito riservare l'adozione del figlio del partner alle coppie sposate. Il divieto di discriminazione statuito dall'articolo 14 CEDU non esclude, infatti, eventuali privilegi a favore del matrimonio. Recentemente la Corte EDU si è, ad esempio, rifiutata di imporre agli Stati contraenti l'estensione alle coppie omosessuali dell'istituto del matrimonio, proprio in considerazione dei differenti valori sociali e culturali tramandati nei diversi Paesi³¹.

2.3 Disciplina all'estero

Fra tutti gli ordinamenti giuridici esaminati (Germania, Inghilterra/Galles, Francia, Italia, Norvegia e Austria), soltanto quello norvegese prevede disposizioni del diritto di famiglia applicabili alla convivenza di fatto; gli altri prevedono disposizioni speciali in materia di imposte, locazione e assicurazioni sociali. Le unioni omosessuali sono regolate ovunque tranne che in Italia. In Francia il «patto civile di solidarietà» («pacte civil de solidarité»; PACS) è valido sia per le coppie omosessuali che eterosessuali.

2.3.1 Osservazioni generali

Nel complesso, il rapporto dell'Istituto svizzero di diritto comparato³² mostra che gli ordinamenti giuridici esaminati (Germania, Inghilterra/Galles, Francia, Italia, Norvegia e Austria) sono stati oggetto di modifiche di varia intensità per tener conto delle nuove forme di convivenza nei rapporti di coppia e dei rapporti giuridici che ne derivano.

²⁶ *Jäggi contro la Svizzera* (ricorso n. 58757/00); cfr. *Odièvre contro la Francia* (ricorso n. 42326/98), in cui la Corte EDU ha ritenuto compatibile con l'articolo 8 CEDU la nascita anonima (cosiddetta «naissance sous X») e la protezione dell'anonimato della madre verso il proprio figlio.

²⁷ *Zaunegger contro la Germania* (ricorso n. 22028/04); *Sommerfeld contro la Germania* (ricorso n. 31871/96).

²⁸ *Schneider contro la Germania* (ricorso n. 17080/07).

²⁹ *E.B. contro la Francia* (ricorso n. 43546/02): la sentenza è stata approvata con 9 voti contro 8 e traduce l'importanza dell'evoluzione dei valori; tuttavia, nella sentenza *Fretté contro la Francia* (ricorso n. 36515/97) in cui la Grande Camera ha deliberato in merito alla richiesta di poter adottare da parte un omosessuale che viveva solo, la Corte EDU ha stabilito che la CEDU non garantisce alcun diritto all'adozione e che non concedere accesso all'adozione non è discriminante, in considerazione delle opinioni divergenti sugli effetti per il bambino dell'omosessualità dei genitori.

³⁰ *X e altri contro l'Austria* (ricorso n. 19010/07).

³¹ *Schalk e Kopf contro l'Austria* (ricorso n. 30141/04).

³² Perizia ISDC (nota 3Error! Bookmark not defined.).

2.3.2 Unioni omosessuali

Gli adeguamenti riguardano in particolare il *disciplinamento delle unioni omosessuali*. Mentre la maggior parte degli ordinamenti giuridici esaminati regola la convivenza delle coppie omosessuali mediante un'unione registrata, la Francia e la Norvegia hanno aperto loro anche l'istituto del matrimonio. Soltanto in Italia la convivenza delle coppie omosessuali non ha ancora una base legale, tuttavia la sua creazione è stata imposta da una sentenza del 2013 della Corte Costituzionale. La Francia ha invece creato con il *PACS* una forma di unione indipendente dall'orientamento sessuale dei partner e meno vincolante rispetto al matrimonio; essa costituisce una convivenza disciplinata dal diritto di famiglia a cui sono assegnati alcuni privilegi.

2.3.3 La convivenza di fatto

Per quanto riguarda le coppie non sposate, la maggior parte degli ordinamenti giuridici esaminati non prevede regole esplicite rientranti nel diritto di famiglia. Solo la Norvegia ha adottato norme di diritto di famiglia per le comunioni domestiche. La maggior parte dei Paesi ha adottato singole disposizioni in materia di imposte, locazione, assicurazioni sociali, eccetera, che avvicinano indirettamente la convivenza al matrimonio, senza assegnarle tuttavia uno statuto esplicito nel diritto di famiglia.

Nell'ambito della compensazione dei diritti di previdenza acquisiti (in Svizzera: «conguaglio della previdenza professionale»)³³ per le coppie di fatto gli ordinamenti giuridici esaminati presentano soluzioni molto diverse e si possono raggruppare in *tre categorie*: Paesi che prevedono espressamente la compensazione della previdenza, Paesi che hanno stabilito un meccanismo alternativo per cercare di fornire un indennizzo adeguato e, infine, quelli che non applicano nessuno di questi sistemi. Soltanto il diritto tedesco prevede un conguaglio della previdenza professionale («*Versorgungsausgleich*»). La Francia assegna invece un'indennità compensativa («*prestation compensatoire*»). Italia e Inghilterra hanno istituito un meccanismo di compensazione per ridurre le lacune nella previdenza professionale, mentre la Norvegia prevede una forma di indennizzo forfettario d'entità ridotta. Per contro, la questione sembra essere stata ignorata dal legislatore austriaco.

Per quanto riguarda i diritti di *successione* nel caso delle coppie di fatto, in particolare gli aspetti relativi alla porzione legittima o al diritto alle prestazioni di previdenza, negli ordinamenti giuridici esaminati sono essenzialmente le relazioni di coppia con uno status riconosciuto dallo stato civile (coniugi e partner registrati) a dar diritto di partecipazione alla massa ereditaria, mentre le altre forme di unione in genere non beneficiano di alcun diritto alla porzione legittima.

2.3.4 La filiazione

Anche nell'ambito del rapporto di filiazione si tende a tener conto delle nuove forme di unione dei genitori. La maggior parte degli ordinamenti esaminati in linea di massima non fa più differenza tra figli nati nel e fuori dal matrimonio. Il principio *mater semper certa est* continua a valere in tutti gli ordinamenti giuridici esaminati. Tuttavia, i cambiamenti sociali e gli sviluppi nella medicina della procreazione relativizzano questo principio: in Norvegia nel 2009 è stato introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso e contemporaneamente l'autorizzazione alla fecondazione artificiale per le coppie lesbiche, dando origine una sorta di co-maternità (*medmorskap*), uno status che equipara la partner all'altro genitore.

³³ Cfr. al riguardo cap. 6.5

Per quanto riguarda la *maternità sostitutiva* va chiarito se la maternità crea, oltre a una «genitorialità di fatto», un rapporto di filiazione legalmente riconosciuto. Ad eccezione dell'Inghilterra, tutti i Paesi esaminati dall'Istituto svizzero di diritto comparato vietano la maternità sostitutiva; tuttavia, sembra che in Italia e Austria, ma anche in parte in Germania e Francia, in casi specifici possa essere riconosciuta una maternità sostitutiva avvenuta all'estero.

Per quanto riguarda la *paternità*, il matrimonio sembra rimanere il criterio primario per determinare un rapporto di paternità legale. Al momento non si profilano grossi progetti di riforma finalizzati a includere le convivenze nei rapporti che stabiliscono il rapporto di paternità. Contemporaneamente, soprattutto in Germania, vengono rafforzati i diritti del padre genetico, in particolare del padre non coniugato con la madre.

In linea di principio, l'*adozione* da parte di una coppia è riservata ai coniugi. In Francia, in seguito all'estensione del matrimonio, anche le coppie omosessuali hanno diritto all'adozione. In Francia, Italia e Norvegia sono in corso progetti di legge per consentire l'adozione congiunta da parte di coppie non sposate.

3 Sfide e principi di un diritto di famiglia moderno

3.1 Il cambiamento sociale

I mutamenti sociali degli ultimi decenni hanno portato a una spaccatura tra gli stili di vita attuali e il diritto e la politica in materia di famiglia³⁴. La funzione del diritto di famiglia è quella di fornire un *quadro giuridico stabile* per le relazioni familiari. Quando il Codice civile è stato istituito, la situazione sociodemografica era piuttosto uniforme: il matrimonio era indiscutibilmente la forma più comune di unione e il fondamento della famiglia intesa come comunità di genitori e figli. Il concubinato era vietato in molti Cantoni e perseguito penalmente fino ai tardi anni '70. Il divorzio era un evento raro, considerato una disgrazia e oggetto di stigmatizzazione sociale. L'omosessualità era penalmente perseguita fino all'entrata in vigore del Codice penale nel 1942 e le coppie omosessuali ufficialmente non esistevano. I figli nati fuori dal matrimonio erano svantaggiati in molti modi rispetto a quelli legittimi e fino al 1978 la loro nascita non istituiva alcun rapporto giuridico con il padre, oltre a quello riguardante gli aspetti finanziari.

Gli sviluppi degli ultimi decenni hanno portato un cambiamento radicale. Ai fini del presente rapporto si può tralasciare un'analisi dei motivi alla base di questi sviluppi, delineandone brevemente soltanto le conseguenze: in seguito all'aumento dei divorzi e a quello dell'aspettativa di vita, al giorno d'oggi non è raro sposarsi più volte di seguito; spesso si vivono relazioni non fondate sul matrimonio, con e senza figli; le famiglie ricomposte non sono più un'eccezione; le coppie omosessuali vivono apertamente la loro relazione e chiedono non solo tutela giuridica, ma anche la possibilità di sposarsi o almeno la totale equiparazione giuridica della loro forma di convivenza al matrimonio.

3.2 Attuali sviluppi giuridici

La modernizzazione del diritto di famiglia è in corso da molto tempo e negli ultimi decenni si è proceduto ad alcuni importanti adeguamenti.

Creare nuove disposizioni del diritto di famiglia che tengano conto, per quanto possibile, di *tutte* le moderne costellazioni familiari è una sfida enorme. Negli anni passati, il Parla-

³⁴ PREISNER (nota 7), pag. 792.

mento si è assunto tale compito in modo pragmatico e ha già raggiunto alcuni risultati, azzeccando, ad esempio, le distinzioni tra i figli nati nel o fuori dal matrimonio. Il rapporto tra genitori e figli è stato modernizzato al punto che lo stato civile dei genitori è completamente irrilevante. Questi ultimi hanno infatti il diritto e il dovere di educare i propri figli e di prendersene cura, a prescindere dal fatto che siano mai stati sposati tra loro. Secondo il disegno di legge del Consiglio federale, attualmente all'esame del Parlamento, i figli hanno diritto a un contributo di accudimento, indipendentemente dallo stato civile dei genitori³⁵.

Dal 1° gennaio 2007, con l'entrata in vigore della legge del 18 giugno 2004³⁶ sull'unione domestica registrata (LUD), le coppie dello stesso sesso hanno la possibilità di far registrare la loro unione. Tuttavia, sono escluse dalla procreazione medicalmente assistita e dall'adozione (art. 28 LUD). Nell'ambito dell'adozione il disegno di legge del Consiglio federale prevede alcune concessioni, conformemente al mandato ricevuto dal Parlamento. Secondo il disegno, infatti, in futuro le coppie omosessuali potranno adottare il figlio del partner, come previsto oggi per le coppie sposate. Come per ogni adozione, il presupposto è che la misura sia nell'interesse del minore e che vi sia il consenso del genitore che andrebbe a perdere la genitorialità legale³⁷. Nello stesso disegno di legge, il Consiglio federale propone – in esecuzione del mandato parlamentare³⁸ – di consentire l'adozione del figliastro non solo alle coppie in unione registrata, ma anche ai conviventi di fatto (anche dello stesso sesso), a condizione che i partner convivano da almeno tre anni. La possibilità di adottare il figliastro non è quindi più legata allo status giuridico, ma alla convivenza di fatto. Per evitare disparità di trattamento, anche per i coniugi sarà considerata la durata della convivenza e non del matrimonio. Diversamente, l'adozione congiunta continuerà ad essere riservata alle coppie sposate.

Questa strategia di interventi puntuali scelta dal Legislatore è in contraddizione con la richiesta di una *revisione completa del diritto di famiglia* come quella attuata nel secolo scorso. Il pericolo è che il sistema perda coerenza e che alcuni settori siano esclusi dalla revisione³⁹. Tuttavia, le modifiche di più modesta portata possono essere attuate in modo rapido e incontrano meno resistenza a livello politico; inoltre, dati i molteplici interessi in gioco, non è detto che un disegno di revisione, basato su un progetto globale originariamente coerente e ponderato, non perda la sua unità nel corso dei lavori parlamentari a causa di modifiche puntuali. Per questi motivi il Consiglio federale predilige l'approccio adottato finora.

3.3 Le relazioni personali tra adulti

3.3.1 I tre principi guida

In un moderno diritto di famiglia, le relazioni personali tra adulti dovrebbero seguire tre principi, a cui dovrà ispirarsi anche la futura legislazione:

- la libertà di scegliere come organizzare la propria vita privata,
- la responsabilità per le proprie scelte di vita e
- la salvaguardia del diritto fondamentale al matrimonio e alla famiglia.

³⁵ Cfr. in merito il messaggio del Consiglio federale del 29 nov. 2013 concernente una modifica del Codice civile svizzero (Mantenimento del figlio) (qui di seguito: «messaggio sul mantenimento»), FF **2014** 489 segg., 510 segg.

³⁶ Legge federale del 18 giu. 2004 sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali (RS **211.231**)

³⁷ Messaggio del Consiglio federale del 28 nov. 2014 concernente la modifica del Codice civile svizzero (Adozione) (di seguito: messaggio sull'adozione), FF **2015** 793, 822 segg.

³⁸ Messaggio sull'adozione (nota 37), pag. 823 seg.

³⁹ Per una critica a questo approccio Andrea Büchler, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften, Fampra.ch 2014, pag. 797 segg., pag. 806 seg.

3.3.2 La libertà di organizzare la propria vita privata

Il Legislatore deve rispettare la libertà dei singoli di organizzare la propria vita privata come ritengono più adatto⁴⁰. Un aspetto specifico di tale libertà è il diritto al matrimonio e alla famiglia, garantito dall'articolo 14 della Costituzione federale⁴¹ (Cost.). L'attuale interpretazione del concetto di matrimonio è quella di un'unione volontaria tra un uomo e una donna, destinata a durare tutta la vita. Il diritto al matrimonio include il diritto a contrarre matrimonio senza doverne rendere noti i motivi allo Stato. Quest'ultimo, tuttavia, è tenuto a intervenire per prevenire i matrimoni fittizi e lottare contro quelli forzati⁴². La libertà di contrarre matrimonio comprende anche la libertà di non sposarsi: ognuno può scegliere una convivenza in luogo dell'unione coniugale.

Il diritto di fondare una famiglia, tutelato dall'articolo 14 Cost., comporta anche quello di avere ed educare dei figli e, a determinate condizioni stabilite dalla legge, quello di adottarne⁴³.

3.3.3 La responsabilità per le proprie scelte di vita

Ogni libertà comporta responsabilità. La possibilità di organizzare liberamente la propria vita implica anche la responsabilità per le scelte fatte. Nella misura in cui una persona è libera di sposarsi o meno, deve anche assumersi la responsabilità di tale scelta. La libertà di vivere la vita secondo le proprie scelte include d'altronde anche la libertà di cambiare opinione o di rivedere tali decisioni alla luce di mutate circostanze. Se sono coinvolte altre persone (partner o coniuge, figli), è essenziale *proteggere la fiducia*: tutti devono poter contare sul fatto che gli accordi siano rispettati e che le decisioni prese sulla fiducia non risulteranno inutili. Una rinegoziazione delle condizioni deve tuttavia rimanere possibile a patto che sia concesso un adeguato periodo di adattamento, così che i terzi possono adottare i necessari provvedimenti.

Scegliere liberamente della propria vita significa anche assumersi la responsabilità del proprio sostentamento e, se del caso, di quello dei propri figli. Dal momento che il tasso di divorzio è attualmente molto elevato e che il reddito medio di solito non è sufficiente a finanziare due economie domestiche e l'educazione di uno o più figli, il Legislatore deve evitare qualsiasi azione che possa compromettere l'autonomia finanziaria, in particolare quella delle donne. Tuttavia, più che un aspetto del diritto civile, la questione riguarda la politica familiare nel suo insieme. I fattori socio-economici sono parametri importanti per il diritto civile e possono confermare o rimettere in discussione le decisioni legislative. Bisogna quindi prestare attenzione al tema dell'indipendenza economica, soprattutto in ragione dell'aumento della speranza di vita. Le donne, in particolare, non possono (più) pianificare la loro vita soltanto in funzione del periodo relativamente breve durante il quale si prendono cura dei figli, ma devono prestare attenzione al proprio avvenire economico, così da garantire la propria indipendenza al momento del pensionamento.

Il presente rapporto mette in evidenza le difficoltà legate al disciplinamento giuridico della convivenza di fatto, proprio alla luce del principio della libertà di organizzare la propria vita privata: le coppie possono avere ragioni molto diverse e perfettamente legittime per convivere senza un certificato di matrimonio o la registrazione. Queste ragioni possono andare da un atteggiamento noncurante fino a un rifiuto consapevole e intenzionale delle disposizioni caratterizzanti il matrimonio o l'unione registrata. La conclusione del matrimonio o dell'unione

⁴⁰ Cfr. Büchler (nota 39), pag. 802 seg.

⁴¹ Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 apr. 1999, RS 101.

⁴² Cfr. art. 99 cpv. 1 n. 3 e art. 105 n. 5 CC.

⁴³ Messaggio del Consiglio federale del 20 nov. 1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF 1997 I 1 segg., 144.

registrata è l'espressione di un consenso; il fatto che una convivenza non sfoci in un matrimonio o in un'unione domestica registrata non è, invece, necessariamente il risultato di una decisione consensuale, ma può derivare da una differenza di opinione o dal procrastinare continuamente la decisione. Il Legislatore dovrà tenere conto di questi diversi casi.

3.3.4 La salvaguardia del diritto costituzionale al matrimonio e alla famiglia

Alla luce di quanto sopra illustrato, il Legislatore dovrà sempre considerare il diritto costituzionalmente garantito al matrimonio e alla famiglia, che resta incontestato nonostante tutti i cambiamenti sociali.

3.4 Il diritto della filiazione

3.4.1 I tre principi guida

In un moderno diritto di famiglia, le disposizioni legali riguardanti i figli dovrebbero essere governate da tre principi:

- il bene del minore,*
- la parità di trattamento dei figli nati nel o fuori dal matrimonio,*
- il riconoscimento del figlio come soggetto di diritto autonomo.*

In futuro, nel creare nuove norme legali in materia di diritto della filiazione, il Parlamento dovrebbe attenersi a questi tre principi. Nell'attuarli, dovrà partire dal presupposto che l'educazione dei figli è in primo luogo responsabilità dei genitori e che lo Stato deve dar prova di moderazione e creare delle norme legali solo quando è necessario per applicare questi principi e in particolare per assicurare il bene del minore.

3.4.2 Il bene del minore

Il bene del minore è il principio supremo da osservare, sia a livello nazionale che internazionale. Richiede al Legislatore di agire quando il minore non è sufficientemente tutelato a causa della legislazione insoddisfacente o incompleta. Il bene del minore – che è già stato l'elemento decisivo per le revisioni del diritto in materia di autorità parentale, mantenimento e adozione – continuerà ad essere il principio guida dei futuri lavori legislativi. A livello internazionale, la Convenzione delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989⁴⁴ sui diritti del fanciullo (CRC) ha assegnato un ruolo particolare al principio del bene del minore, sebbene non sia stato il primo testo a metterlo in evidenza. Da allora, tale principio è stato regolarmente adottato come aspetto guida negli accordi multilaterali.

3.4.3 La parità di trattamento dei figli nati nel o fuori dal matrimonio

Un secondo principio è la parità di trattamento tra i figli nati nel e fuori dal matrimonio: in altre parole, lo status giuridico del bambino non dovrebbe dipendere dallo stato civile dei genitori. Negli ultimi anni, il diritto svizzero ha onorato questo principio: i bambini nati fuori dal matrimonio hanno oggi gli stessi diritti – in termini di mantenimento e di successione – dei figli di coppie sposate. Solo se la madre non rivela chi è il padre rimane una lacuna di fatto, in quanto il bambino ha poi un solo genitore debitore di prestazioni. La legge non può tuttavia

⁴⁴ Convenzione del 20 nov. 1989 sui diritti del fanciullo (RS 0.107).

colmare completamente questa lacuna, perché la madre non può essere costretta a rendere noto il nome del padre.

Nell'ottica dell'istituzione del rapporto di filiazione, lo statuto speciale del marito della madre va sottoposto a una verifica accurata e approfondita. Andrebbe valutato, ad esempio, se il fatto che il bambino possa contestare la paternità del marito della madre soltanto se il matrimonio è stato sciolto mentre ancora minorenni sia ancora al passo con i tempi. Per coerenza andrebbero poi sottoposte a un esame critico anche le possibilità di ricorso nei confronti del padre non coniugato⁴⁵.

3.4.4 Il riconoscimento del figlio come soggetto di diritto autonomo

Il terzo principio, il riconoscimento del figlio come soggetto di diritto autonomo, è il risultato di un'evoluzione che si riflette nelle cause del diritto di famiglia: in caso di divorzio, il bambino non subisce più come se fosse un oggetto la dissoluzione del rapporto tra i suoi genitori, ma ha il diritto di essere ascoltato. In un procedimento in materia di sottrazione di minori si ha persino l'obbligo di nominare un rappresentante per il bambino⁴⁶. Il Codice di procedura civile (CPC)⁴⁷ prevede oggi l'audizione dei figli nell'ambito della procedura matrimoniale⁴⁸. Tuttavia, questo diritto del bambino ad essere ascoltato è messo in pratica soltanto sporadicamente⁴⁹; si auspica pertanto una maggiore sensibilizzazione al riguardo. In merito alla prassi attuale e alle misure per correggere le lacune esistenti è in corso uno studio⁵⁰.

3.5 Il diritto successorio

Dal punto di vista del diritto successorio, un ordinamento giuridico moderno dovrebbe concedere al testatore maggiore libertà di disporre sulla propria successione. In tal senso vanno rivalutate e ridotte la cerchia degli eredi e le quote legittime. Per quanto riguarda l'eventuale equiparazione dei conviventi agli eredi legittimi o addirittura agli eredi legittimari, il Legislatore dovrebbe tener conto, per coerenza, della soluzione adottata per la dissoluzione del rapporto: se la legge in quel caso prevede un indennizzo, bisognerà tener conto delle convivenze anche in fatto di successione. Se invece per la dissoluzione del rapporto la legge si limita a introdurre una clausola per i casi di rigore, sarebbe meno coerente riconoscere ai conviventi il ruolo di erede legittimo. È appropriata una riflessione sul trattamento privilegiato del partner superstite e su una clausola per i casi di rigore, da applicare in circostanze comparabili a quelle della dissoluzione del rapporto. L'avamprogetto di revisione del diritto successorio che il Consiglio federale porrà in consultazione nel 2015 rifletterà questi principi⁵¹.

⁴⁵ Cfr. cap. 5.5.

⁴⁶ Art. 9 cpv. 2 della legge federale del 21 dic. 2007 sul rapimento internazionale dei minori e sulle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti, LF-RMA (RS 211.222.32).

⁴⁷ Codice di procedura civile svizzero del 19 dic. 2008 (RS 272).

⁴⁸ Art. 298 CPC.

⁴⁹ Cfr. il comunicato stampa del 18 nov. 2011 della Commissione federale per l'infanzia e la gioventù (CFG) «L'autorità parentale congiunta diventa la regola, ma il diritto dei bambini di essere ascoltati dovrebbe già esserlo»: «Tuttora, infatti, solo il 10 per cento dei minori viene ascoltato nelle procedure amministrative o giudiziarie, ad esempio in quelle di divorzio».

⁵⁰ Cfr. postulato 14.3232 («Bilancio sull'attuazione in Svizzera del diritto a essere sentiti di cui all'articolo 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo», CSEC).

⁵¹ Cfr. cap. 7.

3.6 Garantire la coerenza nel diritto

Il Legislatore deve assicurare che i principi alla base del diritto di famiglia siano rispettati in tutta la legislazione. Le deroghe ai criteri previsti dal diritto civile, ad esempio nell'ambito delle assicurazioni sociali e del diritto fiscale, andrebbero messe in discussione. A livello internazionale, la Confederazione deve impegnarsi a favore di norme coerenti e prive di contraddizioni. In tale ottica procede anche alla verifica dei trattati internazionali esistenti.

3.6.1 Osservazioni generali

Il diritto delle assicurazioni sociali e il diritto fiscale generalmente prendono come riferimento i vincoli familiari instaurati dal diritto civile⁵². Tuttavia, in alcuni casi, le disposizioni valide per i coniugi sono estese alle coppie di fatto. Va verificato quindi, caso per caso, se queste deroghe previste da leggi speciali siano appropriate.

3.6.2 La coerenza nei trattati internazionali

Una panoramica dei trattati internazionali in essere mostra che la Svizzera, nell'ambito del diritto di famiglia, è vincolata da molti strumenti, senza che l'applicazione delle regole internazionali comporti un plusvalore significativo per le parti⁵³. A causa della prassi decennale di non denunciare i trattati conclusi, diventa sempre più difficile per gli attori coinvolti (soggetti giuridici, avvocati e giudici) avere una panoramica della situazione legale, tanto più che le disposizioni pertinenti in materia di diritto di famiglia sono a volte incluse in vecchi accordi sulla libertà di domicilio⁵⁴. Non è raro che alcuni aspetti siano codificati a più riprese, generando tra le norme del diritto internazionale conflitti che vanno chiariti a priori⁵⁵. Oltre ai trattati bilaterali e multilaterali, un certo numero di organizzazioni internazionali ha emesso raccomandazioni, linee guida e «buone pratiche» per facilitare la ricerca e l'applicazione delle norme pertinenti⁵⁶. È discutibile che questa miriade di indicazioni (a volte contrastanti) aiuti a chiarire la situazione giuridica. Un diritto di famiglia moderno deve essere caratterizzato da un facile accesso alle fonti del diritto e dall'assenza di contraddizioni. La Svizzera non può, da sola, opporsi efficacemente alla proliferazione di strumenti di «soft law», può però vagliare le convenzioni ratificate e determinare se ancora soddisfano i requisiti di un diritto di famiglia moderno. Se i requisiti non sono soddisfatti, nel caso di strumenti bilaterali andrebbe esaminato con l'altro Stato contraente se modernizzare o abrogare l'accordo. Anche nel caso di trattati multilaterali si mira innanzitutto ad adeguamenti, ma alcuni accordi potrebbero eventualmente essere denunciati; in tal caso, la Svizzera dovrebbe assicurarsi che le ragioni per

⁵² Cfr. cap. 8.2.

⁵³ Si ricorda a titolo di esempio la Convenzione europea del 24 apr. 1967 sull'adozione dei minori (RS **0.211.221.310**), contenente, come la nuova edizione del 27 nov. 2008, norme di diritto materiale che stabiliscono un certo margine. È previsto, ad esempio, che l'età degli adottanti sia compresa tra i 21 e i 35 anni. Poiché dal punto di vista giuridico non vi è un plusvalore, la Svizzera ha rinunciato alla ratifica della nuova Convenzione.

⁵⁴ Ad es.: art. V, Trattato del 25 nov. 1850 tra la Confederazione Svizzera e gli Stati Uniti dell'America settentrionale (RS **0.142.113.361**); art. 17, Trattato di domicilio e consolare del 22 lug. 1868 tra la Svizzera e l'Italia (RS **0.142.114.541**); art. 10, Convenzione di domicilio e di protezione giuridica del 1° dic. 1927 tra la Svizzera e la Grecia (RS **0.142.113.721**).

⁵⁵ Si prenda ad esempio il settore del diritto di mantenimento: Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari verso i figli, conclusa all'Aia il 24 ott. 1956 (RS **0.211.221.431**); Convenzione sull'esecuzione delle prestazioni alimentari all'estero, conclusa a New York il 20 giu. 1956 (RS **0.274.15**); Convenzione concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia d'obbligazioni alimentari verso i figli, conclusa all'Aia il 15 apr. 1958 (RS **0.211.221.432**); Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, conclusa all'Aia il 2 ott. 1973 (RS **0.211.213.01**); Convenzione concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari, conclusa all'Aia il 2 ott. 1973 (RS **0.211.213.02**); Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, conclusa a Lugano il 30 ott. 2007 (RS **0.275.12**); nonché diversi accordi bilaterali.

⁵⁶ Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa emette numerose raccomandazioni e la Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato ha redatto, in particolare in materia di protezione dei minori, innumerevoli guide per un approccio ragionevole nell'applicazione dei trattati (soprattutto nell'ambito della sottrazione di minori).

la denuncia siano rese note in modo appropriato agli altri Stati contraenti: questo potrebbe indurre altri Paesi a seguire l'esempio svizzero. Il Consiglio federale è, tuttavia, consapevole del fatto che il consolidamento dei trattati internazionali è un lavoro oneroso che richiede molto tempo⁵⁷.

3.6.3 Il diritto internazionale privato

Il diritto internazionale privato (DIP) è un aspetto del diritto nazionale che definisce le regole in base alle quali va determinato l'ordinamento giuridico applicabile a un caso di carattere internazionale. In Svizzera, dal 1989, si afferma nella legge federale del 18 dicembre 1987⁵⁸ sul diritto internazionale privato (LDIP). Il DIP tenta di conciliare due esigenze spesso contrastanti: da un lato, cerca di subordinare i rapporti giuridici all'ordinamento più affine, dall'altro, deve essere pronto a fornire risposte semplici e chiare alle questioni che si pongono. In materia di diritto di famiglia, l'obiettivo della LDIP è designare il diritto che disciplina, o ha disciplinato all'epoca dei fatti, la vita delle persone interessate dal rapporto di parentela o da una procedura giudiziaria. Per far ciò, si considera innanzitutto il criterio del luogo di domicilio o di residenza abituale e, sussidiariamente, il Paese d'origine⁵⁹. In considerazione dell'aumento della mobilità, va chiarito se per l'epoca in cui viviamo la nazionalità possa ancora essere considerata il criterio più importante dopo quello principale del domicilio o se non sia più appropriato far riferimento al luogo di domicilio precedente e ridimensionare ulteriormente l'importanza assegnata alla cittadinanza, relegandola al rango di *ultima ratio*⁶⁰.

Infine, andrebbe verificata l'attualità del principio del rinvio⁶¹ e l'eventualità di sostituirlo con una soluzione più semplice⁶².

3.6.4 Il diritto internazionale di procedura civile

Nell'ambito della protezione internazionale dei minori e degli obblighi di mantenimento internazionali esiste una fitta rete di convenzioni multilaterali che pone l'accento sulla cooperazione transnazionale tra le autorità⁶³. Nel caso di controversie legali, tali accordi disciplinano lo Stato competente⁶⁴, il diritto applicabile e il riconoscimento e l'esecuzione reciproci. La Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980⁶⁵ sugli aspetti civili del rapimento internazionale dei minori ha invece un approccio diverso: il suo obiettivo è il ripristino dello *status quo ante* in termini di competenze, così da garantire che i procedimenti che interessano i diritti del bambino siano condotti davanti alle autorità dello Stato in cui il minore aveva la dimora abituale immediatamente prima del rapimento.

⁵⁷ Cfr. la sintesi nella perizia SCHWANDER (nota 4), pag. 13 segg.

⁵⁸ Legge federale del 18 dic. 1987 sul diritto internazionale privato (RS 291).

⁵⁹ Cfr. perizia SCHWANDER (nota 4), pag. 7 seg.

⁶⁰ Cfr. perizia SCHWANDER (nota 4), pag. 8.

⁶¹ Rinvio: quando il diritto straniero applicabile secondo la LDIP richiama a sua volta il diritto materiale svizzero o un altro diritto straniero. L'art. 14 cpv. 1 LDIP dà istruzione ai giudici di osservare i rinvii di ritorno e i rinvii altrove se previsti dalla legge. In questioni di statuto personale o familiare, il rinvio di ritorno al diritto svizzero dev'essere osservato (art. 14 cpv. 2 LDIP).

⁶² Cfr. perizia SCHWANDER (nota 4), pag. 20.

⁶³ La Convenzione dell'Aia sul rapimento dei minori, la Convenzione europea sull'affidamento e la Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori prevedono l'istituzione di un'autorità centrale nazionale per semplificare il trattamento dei casi internazionali riguardanti la protezione dei minori al di fuori dei confini nazionali. Lo stesso vale per la convenzione di New York (nota 55).

⁶⁴ Sul territorio di uno Stato è il diritto nazionale a identificare le autorità competenti per luogo, materia e funzione. Nell'ambito del diritto di mantenimento, la competenza diretta è disciplinata soltanto nella Convenzione di Lugano (cfr. nota 66), che definisce anche la competenza territoriale.

⁶⁵ Convenzione dell'Aia del 25 ott. 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori (RS 0.211.230.02).

Non vi sono invece convenzioni multilaterali che dispongono sulla competenza giudiziaria internazionale dei giudici nel restante diritto di famiglia⁶⁶. La Convenzione di Lugano, che è di importanza centrale in Europa e induce una netta separazione tra la maggior parte dei Paesi europei e dei Paesi terzi, si applica solo alle pretese in materia di mantenimento⁶⁷. L'importanza di questo strumento non va tuttavia sottovalutata: è la chiave di volta di uno spazio giuridico uniforme in Europa e porta a chiedersi se sia opportuno distinguere tra Stati europei e Paesi terzi in altri settori non contemplati dalla Convenzione, ad esempio in merito al criterio di cittadinanza come punto di riferimento⁶⁸.

4 Le relazioni personali tra adulti

4.1 L'importanza del matrimonio

La Costituzione non definisce esplicitamente il matrimonio. Secondo la giurisprudenza attuale, il diritto fondamentale al matrimonio garantito dall'articolo 14 Cost. si applica all'unione, duratura e regolamentata dallo Stato, di un uomo e una donna⁶⁹. L'inclusione di una definizione del matrimonio nella Costituzione federale è attualmente oggetto di discussione in Parlamento. Recentemente, le Camere hanno deciso di opporre un controprogetto all'iniziativa popolare «Per il matrimonio e la famiglia – No agli svantaggi per le coppie sposate». A differenza del testo dell'iniziativa, il controprogetto non definisce il matrimonio come «la durevole convivenza, disciplinata dalla legge, di un uomo e di una donna». Anche l'iniziativa parlamentare 13.468⁷⁰, «Matrimonio civile per tutti», è stata recentemente oggetto di discussione. L'iniziativa chiede che sia il matrimonio sia l'unione domestica registrata siano, in futuro, accessibili a tutte le coppie, indipendentemente dal sesso dei partner.

Il diritto al matrimonio non è solo un diritto individuale, ma anche una *garanzia dell'istituto* stesso. Ciò implica un obbligo di garanzia positivo per lo Stato: il Legislatore deve prevedere un diritto matrimoniale che protegge e preserva lo status giuridico dell'istituzione. L'emana-zione di disposizioni di diritto civile in materia di convivenza extraconiugale non andrebbe tut-tavia a minare le fondamenta di questo istituto.

4.2 L'unione domestica registrata

L'unione domestica registrata differisce dal matrimonio, sebbene in modo minimo. Un moderno diritto di famiglia deve esaminare se non sia opportuno equiparare l'unione domestica registrata al matrimo-nio o consentire alle coppie omosessuali di accedere all'istituto del matrimonio.

4.2.1 Osservazioni generali

Dal 1° gennaio 2007, le coppie omosessuali possono registrare la loro unione, suggellando così il proprio rapporto con un atto formale riconosciuto socialmente ed evidenziandone il ca-rattere di impegno duraturo. Dall'inizio del 2013, i partner registrati possono scegliere un nome comune. In materia patrimoniale sono soggetti ad un regime simile alla separazione

⁶⁶ Il riconoscimento delle decisioni straniere nell'ambito del diritto di famiglia è oggetto di accordi bilaterali.

⁶⁷ Cfr art. 1 cpv. 2 lett. a, nonché art. 5 n. 2 Convenzione di Lugano.

⁶⁸ Cfr. cap. 3.6.3.

⁶⁹ DTF 126 II 425, 431.

⁷⁰ Iniziativa parlamentare 13.468 («Matrimonio civile per tutti», Gruppo verde liberale).

dei beni prevista dal diritto matrimoniale⁷¹, ma possono anche optare per il regime della partecipazione agli acquisti stipulando per atto pubblico una convenzione patrimoniale, per il caso in cui l'unione domestica registrata sia sciolta⁷². Sono invece esclusi dall'adozione e dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita⁷³.

4.2.2 Le garanzie costituzionali

Secondo l'opinione dominante, i partner registrati non possono rivendicare il diritto al matrimonio sancito dall'articolo 14 Cost., ma possono appellarsi soltanto al principio di non discriminazione dell'articolo 8 Cost. Quest'ultimo, infatti, può essere invocato da tutti, indipendentemente dallo stile di vita scelto. Ciò porta inevitabilmente a chiedersi se non vada riconosciuto all'unione registrata lo status di *istituto garantito* analogo a quello conferito al matrimonio dall'articolo 14 Cost. Sembra incoerente escludere l'unione domestica registrata da una tutela costituzionale che vada oltre quella dell'articolo 8 Cost., applicabile parimenti a una qualsiasi convivenza in una comune.

4.2.3 Il rapporto tra l'unione domestica registrata e il matrimonio

Dalla sua introduzione il 1° gennaio 2007, il Legislatore ha avvicinato ancora più l'unione domestica registrata al matrimonio, concedendo ai partner registrati l'applicazione dello stesso regime in materia di cognome previsto per le coppie sposate. Come i coniugi, i partner registrati mantengono il proprio cognome, ma possono anche optare per un cognome comune. Il prossimo passo in questo processo di avvicinamento sarà probabilmente costituito dall'accesso all'adozione del figliastro, dato che il Consiglio federale ha proposto di equiparare i partner registrati ai coniugi. Esaminando l'evoluzione all'estero, si profila un aumento della pressione politica a favore dell'equiparazione dell'unione domestica registrata al matrimonio. La soluzione più semplice sarebbe l'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso⁷⁴. In questo modo, la legislazione verrebbe semplificata non solo a causa dell'abrogazione della normativa separata per l'unione domestica registrata, ma anche per quanto riguarda gli stati civili⁷⁵.

Sebbene negli ultimi anni diversi ordinamenti giuridici stranieri abbiano fatto questo passo, il Consiglio federale è consapevole che molti si opporranno a questa scelta⁷⁶. Un'alternativa potrebbe essere, pertanto, quella di non trasformare la convivenza registrata in matrimonio, ma di riconoscerle gli *stessi effetti giuridici*. In particolare, si dovrebbe prendere in considerazione l'opportunità di sopprimere il divieto di adozione e il divieto di utilizzare le tecniche di procreazione medicalmente assistita. Per l'adozione, il Consiglio federale ha già fatto un passo in questo senso proponendo che solo l'adozione congiunta resti un'esclusiva delle coppie sposate⁷⁷.

⁷¹ Cfr. art. 18–24 LUD.

⁷² Cfr. art. 25 LUD.

⁷³ Cfr. art. 28 LUD.

⁷⁴ Il 20 feb. 2015, la Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale ha dato seguito all'iniziativa parlamentare 13.468 «Matrimonio civile per tutti» del Gruppo verde liberale.

⁷⁵ Cfr. cap. 4.5.

⁷⁶ Cfr. SUZETTE SANDOZ, *Quelques thèses sur le mariage et autres formes de ménage commun*, Fampra.ch 2014, pag. 809 segg. pag. 811 seg.

⁷⁷ Cfr. cap. 5.7.2.

4.3 I matrimoni e altri istituti simili celebrati all'estero

In linea di principio, il matrimonio celebrato validamente all'estero è riconosciuto in Svizzera. Le disposizioni speciali in merito andrebbero mantenute solo se finalizzate a preservare i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico svizzero (ordine pubblico).

4.3.1 Il riconoscimento dei matrimoni celebrati all'estero tra partner dello stesso sesso

Il matrimonio celebrato validamente all'estero tra persone dello stesso sesso è riconosciuto in Svizzera quale unione domestica registrata⁷⁸. Ciò significa che per tutti gli aspetti che richiedono l'applicazione del diritto svizzero i partner sono assoggettati al regime dell'unione registrata ai sensi della LUD. La legislazione da applicare ai diritti e agli obblighi reciproci dei partner (obblighi di mantenimento, diritti patrimoniali, ecc.) è determinata secondo le regole previste per il matrimonio⁷⁹. Se la legge designata dalle disposizioni LDIP non riconosce l'unione tra persone dello stesso sesso, si applica in via sussidiaria il diritto svizzero⁸⁰. Se a livello nazionale l'unione registrata fosse equiparata al matrimonio, sarebbe possibile abrogare questa norma speciale in materia di riconoscimento.

4.3.2 Il riconoscimento delle unioni domestiche registrate all'estero per partner di sesso diverso.

La Svizzera riconosce i matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso, ma non le unioni registrate all'estero tra eterosessuali, il che pone problemi pratici.

La dottrina dominante sostiene l'applicazione, diretta o almeno per analogia, delle disposizioni della LDIP sulle unioni registrate⁸¹ quando il partenariato eterosessuale produce effetti simili a quelli del matrimonio, come succede, ad esempio, per l'unione registrata tra due persone di sesso diverso nei Paesi Bassi⁸². Sarebbe anche possibile classificare queste unioni come matrimoni⁸³. Nella pratica questo aspetto non è ancora stato chiarito.

Se un'unione registrata all'estero tra due persone di sesso diverso esplica, secondo la legislazione di detto Stato, solo in misura limitata effetti simili a quelli del matrimonio, come succede per la «*coabitazione*» («*cohabitation*») belga, essa non può essere riconosciuta in Svizzera né come unione domestica registrata, né come matrimonio, e non sarà iscritta nel registro dello stato civile. Questo non significa che il riconoscimento del partenariato sia escluso in maniera assoluta; esso avrà importanza pratica però soltanto se il diritto applicabile riconosce ai singoli aspetti della relazione fra i partner degli effetti giuridici (diritti patrimoniali reciproci, mantenimento, eredità, etc.). Nel caso in cui si applichi la legge svizzera, un'unione non paragonabile al matrimonio deve essere trattata come una convivenza di fatto⁸⁴. Questi principi valgono anche per le convivenze formalizzate in altro modo, ad esempio sulla base

⁷⁸ Cfr. art. 45 cpv. 3 LDIP.

⁷⁹ Art. 65a LDIP.

⁸⁰ Art. 65c cpv. 1 LDIP.

⁸¹ Art. 65a–65d LDIP.

⁸² Cfr. LUKAS BOPP, Basler Kommentar IPRG, 3^a ed., art. 65a n. 7; Andreas Bucher, Commentaire romand, Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano, Basilea 2011, art. 65a–65d n. 13 seg., e MICHEL MONTINI, Premières expériences en rapport avec l'application de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe, Zeitschrift für Zivilstandswesen ZZW 2008, pag. 99 segg.; con rispettivi riferimenti.

⁸³ Cfr. MONTIN (nota 82), pag. 100.

⁸⁴ Cfr. cap. 4.4.1.

di un atto ufficiale, come il *PACS* francese⁸⁵, e per le unioni non paragonabili al matrimonio tra due persone dello stesso sesso.

Spetterà ai giudici chiarire in base a quali disposizioni della LDIP vada stabilito il riconoscimento (limitato, come illustrato nel paragrafo precedente) di queste unioni o convivenze e il diritto applicabile. Si potrebbero, ad esempio, applicare le disposizioni di diritto matrimoniale in analogia con l'articolo 65a LDIP. In caso contrario, andrebbero applicate soprattutto le disposizioni della LDIP sui contratti.

4.3.3 Il mancato riconoscimento dei matrimoni poligami non esclude la tutela di donne e bambini

Il riconoscimento in Svizzera di matrimoni poligami validamente contratti all'estero è controverso nella dottrina⁸⁶; l'idea è respinta dalla maggioranza come contraria all'ordine pubblico svizzero.

Un altro aspetto è invece quello degli effetti che un tale matrimonio eventualmente dispiega: in merito a questioni di mantenimento o successorie, è evidente che i partner successivi al primo (generalmente sono donne) hanno bisogno di essere tutelati dalla legge. Persino coloro che si appellano al rispetto dell'ordine pubblico concordano sul fatto che i matrimoni poligami sono rilevanti in via pregiudiziale e suscettibili di avere effetti che vanno riconosciuti. Per quanto concerne i bambini, si osserva che i diritti dei figli nati da matrimoni poligami non dipendono dal riconoscimento del matrimonio, dal momento che il diritto svizzero non distingue (più) tra i bambini nati da genitori sposati e non sposati.

4.3.4 Il riconoscimento dei matrimoni con i minorenni

In Svizzera, per contrarre matrimonio gli sposi devono aver compiuto 18 anni⁸⁷. In passato, la LDIP permetteva di derogare al limite minimo di età se gli sposi erano cittadini stranieri e il matrimonio era stato celebrato secondo il diritto materiale nazionale del Paese di uno degli sposi o di entrambi⁸⁸. I matrimoni con un minorenne celebrati validamente all'estero dovevano essere riconosciuti in Svizzera nella misura in cui non interferivano con l'ordine pubblico. In precedenti perizie concernenti casi concreti, l'Ufficio federale di giustizia aveva stabilito che i matrimoni con persone d'età inferiore a 16 anni non andavano riconosciuti a meno che nel frattempo la persona interessata non avesse raggiunto l'età minima legale richiesta. Nel contesto della lotta contro i matrimoni forzati, il Parlamento ha deciso di vietare i matrimoni con i minorenni⁸⁹. Ne consegue che la conclusione dei matrimoni in Svizzera è ora assoggettata esclusivamente al diritto svizzero. I matrimoni con minorenni conclusi all'estero richiedono una ponderazione di interessi: devono essere riconosciuti fintanto che non sono stati annullati da un giudice competente⁹⁰. Nei casi manifesti in cui, tenuto conto della giovane età della persona o di circostanze particolari, sia chiaro che gli interessi preponderanti dell'interessato o quelli della collettività si oppongono al mantenimento del matrimonio, il riconoscimento può già essere rifiutato in via pregiudiziale⁹¹.

⁸⁵ Cfr. cap. 4.4.7.

⁸⁶ Cfr. tra gli altri ANDREAS BUCHER, *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano*, Basilea 2011, art. 45 n. 23–26.

⁸⁷ Art. 94 cpv. 1 CC.

⁸⁸ Art. 44 LDIP, in vigore fino al 30 giu. 2013.

⁸⁹ Cfr. messaggio del Consiglio federale concernente la legge federale sulle misure contro i matrimoni forzati (qui di seguito: «messaggio sui matrimoni forzati»), FF 2011 1987 segg.

⁹⁰ Art. 105 n. 6 CC.

⁹¹ Cfr. messaggio sui matrimoni forzati (nota 89), pag. 2010.

4.3.5 I matrimoni per procura

In Svizzera non è possibile contrarre un matrimonio per procura, poiché secondo uno degli elementi costitutivi del matrimonio, i coniugi devono essere fisicamente presenti per esprimere il loro consenso. Di conseguenza, un matrimonio per procura contratto in Svizzera risulta *nullo*.

Rimane però aperta la questione del riconoscimento dei matrimoni per procura contratti all'estero. Secondo la dottrina prevalente, il matrimonio per procura non è di per sé contrario all'ordine pubblico svizzero, a condizione che la procura sia valida e che i coniugi si considerino sposati a tutti gli effetti per loro libera volontà⁹².

4.3.6 Il riconoscimento delle convivenze di fatto o puramente contrattuali

Le convivenze di fatto e quelle puramente contrattuali non possono essere riconosciute ai sensi degli articoli 25 o 45 LDIP perché non si basano su un atto ufficiale riconosciuto. Ciò non esclude che alcuni dei loro effetti giuridici possano essere riconosciuti se consentito dal diritto applicabile designato dalle disposizioni della LDIP relative ai contratti⁹³. Se si rinvia al diritto svizzero, si applicano le disposizioni sulla convivenza di fatto⁹⁴. Ciò vale anche per le convivenze basate su un contratto previsto dalla legge in un determinato Stato.

4.3.7 Valutazione

Il Consiglio federale non ritiene necessario adottare norme legali speciali per il riconoscimento dei matrimoni celebrati all'estero e di istituti simili, poiché le disposizioni in vigore consentono alle autorità di trovare soluzioni appropriate caso per caso.

4.4 La convivenza di fatto

La convivenza di fatto solleva svariate domande. A quanto risulta, non è generalmente chiesto un disciplinamento della convivenza di fatto per la durata della sua esistenza. È per contro chiesto di tenerne conto in caso di separazione. L'introduzione di una normativa corrispondente nella legge – anche a determinate condizioni – dovrebbe essere motivata in modo particolarmente accurato alla luce dell'autonomia privata. Va inoltre valutata l'opportunità d'introdurre una clausola per i casi di rigore.

4.4.1 Osservazioni generali

Il tema centrale della discussione sulla modernizzazione del diritto di famiglia è *la definizione della convivenza di fatto nel diritto positivo*. Su questo punto non è cambiato nulla dall'emanazione del CC, che non menziona altri tipi di convivenza al fuori del matrimonio. Diversamente da quanto accaduto per la posizione giuridica dei figli nati fuori dal matrimonio, il Legislatore non ha finora disciplinato in alcun modo la convivenza di fatto, perlomeno dal punto di

⁹² Cfr. le spiegazioni nel messaggio del Consiglio federale del 23 feb. 2011 concernente la legge federale sulle misure contro i matrimoni forzati, FF 2011 1987 segg., 1998 e più in dettaglio nel rapporto del Consiglio federale «Punibilità dei matrimoni forzati o di compiacenza», redatto in risposta al postulato 05.3477, della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale del 9.9.2005», pag. 28 segg, con rimandi.

⁹³ Art. 116 segg. LDIP; cfr. anche art. 150 cpv. 2 LDIP.

⁹⁴ Cfr. cap. 4.4.1.

vista civile⁹⁵. La giurisprudenza del Tribunale federale sulle conseguenze del divorzio in relazione al vecchio articolo 153 CC (oggi: art. 130 CC) ha attribuito importanza al cosiddetto concubinato qualificato, soltanto nella misura in cui ha abolito l'obbligo di mantenimento post-matrimoniale esistente in virtù del divieto dell'abuso di diritto⁹⁶.

La modernizzazione del diritto di famiglia fa sorgere una domanda fondamentale: la convivenza di fatto deve essere disciplinata dalla legge e, se sì, in che modo? Questa domanda interessa anche il valore attribuito al matrimonio dal Legislatore, la portata della libertà coniugale garantita dalla Costituzione e tocca aspetti legati all'autonomia privata e alla libera scelta del modo di vita: fino a che punto il Legislatore può o deve rispettare la scelta, eventualmente consapevole e consensuale, di una coppia di non volersi sposare?

4.4.2 Diritto comparato

Secondo la perizia dell'ISDC, nessuno degli ordinamenti giuridici esaminati – salvo uno – disciplina la convivenza di fatto come istituto del diritto di famiglia⁹⁷. Soltanto il diritto di famiglia norvegese prevede regole particolari applicabili alle comunioni domestiche. Queste regole non interessano tuttavia soltanto il partner, ma tutte le persone che vivono nella medesima economia domestica, ad esempio i coinquilini.

Visto che il numero di persone che convivono senza un certificato di matrimonio aumenta in ogni parte del mondo, cresce anche il bisogno di disciplinare, seppur puntualmente, questa forma di vita. Si tratta, da un lato, di definire i diritti e doveri reciproci di una coppia senza figli durante la vita in comune, ma soprattutto di disciplinare la fine della convivenza, in particolare gli aspetti legati al mantenimento e ai diritti di successione. Occorre inoltre disciplinare le relazioni tra genitori e figli, soprattutto in termini di autorità parentale, mantenimento e diritti di successione.

Un numero crescente di ordinamenti giuridici ha disciplinato questi punti soprattutto nell'ottica del bene del minore. Al contempo i legislatori nazionali sono cauti nell'introdurre la convivenza di fatto nel diritto di famiglia. La tendenza, negli ordinamenti giuridici esaminati, è piuttosto quella di legiferare su aspetti particolari della vita quotidiana delle coppie non sposate, tenuto conto dell'evoluzione della società. Nella maggior parte dei Paesi la giurisprudenza s'impegna a colmare le lacune normative esistenti.

Infine, la perizia SCHWENZER rinvia al diritto vigente in Nuova Zelanda e nelle province e territori australiani, secondo il quale la convivenza di fatto implica conseguenze giuridiche ampiamente ispirate a quelle del matrimonio, ma concede ai partner la possibilità di rifiutarle mediante un cosiddetto *opting-out*⁹⁸.

A titolo complementare, va notato che svariati ordinamenti giuridici conoscono disciplinamenti al di fuori del diritto di famiglia che tengono conto della convivenza e che, in ultima istanza, equiparano – perlomeno in alcuni punti – la convivenza di fatto al matrimonio. Si tratta, ad esempio, delle regolamentazioni fiscali in Austria e in Francia, delle disposizioni di diritto sociale in Francia e in Germania e della decisione del *Bundesgerichtshof* del 5 febbraio 2013, che estende per analogia alle coppie di fatto il privilegio accordato alle famiglie nelle assicurazioni sociali⁹⁹.

⁹⁵ Cfr. riguardo agli effetti giuridici della convivenza di fatto MICHELLE COTTIER, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Rapporto concernente la mozione 10.3524 Gutzwiller «Per un diritto successorio al passo con i tempi» all'attenzione dell'Ufficio federale di giustizia, successio Sonderheft 2014, pag. 29 segg., 30.

⁹⁶ Cfr. p. es. DTF 118 II 235.

⁹⁷ Cfr. perizia dell'ISDC (nota 3), pag. 13 seg.

⁹⁸ Cfr. perizia SCHWENZER (nota 2), pag. 14 e l'analisi di diritto comparato in COTTIER (nota 95), pag. 33.

⁹⁹ Cfr. per la documentazione e i dettagli la perizia dell'ISDC (nota 3), pag. 15.

4.4.3 Considerazioni di fondo

In generale, finché una coppia convive, non vi è una necessità di disciplinare la loro unione. Alcuni chiedono di equiparare la convivenza di fatto al matrimonio¹⁰⁰; ma se uno o entrambi i partner non vogliono sposarsi, ciò solleva problemi fondamentali nell'ottica dell'ingerenza nell'autonomia delle parti. Viene per contro fatto valere che in una situazione di crisi, dovuta, ad esempio, ad una malattia grave di uno dei partner, non si tiene sufficientemente conto delle circostanze reali e l'altro partner deve poter beneficiare di una tutela giuridica. Lo stesso problema si pone in caso di separazione dei due conviventi di fatto o di scioglimento della convivenza per decesso. Il fatto che le coppie possano regolare simili aspetti già oggi per conto proprio non rappresenta una soluzione soddisfacente per una parte importante della dottrina, che chiede al Legislatore di attivarsi e di adottare una regolamentazione adeguata¹⁰¹.

Il diritto vigente offre già ai conviventi di fatto la possibilità di regolare la loro relazione in una *convenzione*. Anche in caso di morte l'ordinamento giuridico mette a disposizione svariati strumenti atti a regolare la successione a piacimento dei partner, nei limiti della libertà di disporre. Il Legislatore è tuttavia sollecitato a disciplinare lo scioglimento della convivenza di fatto, soprattutto perché numerose persone, nonostante intendano farlo, non regolano la loro successione per tempo. Il disciplinamento legale della convivenza di fatto permetterebbe così di colmare due lacune normative esistenti: da un lato, la coppia sarebbe chiamata ad assumersi una certa responsabilità per la forma di vita scelta e, dall'altro, il partner economicamente più debole sarebbe tutelato da conseguenze indesiderate.

4.4.4 Quando è data una convivenza di fatto?

Visto che non esiste un atto che formalizzi la convivenza di fatto verso l'esterno, occorre applicare altri criteri. Se il riconoscimento di una convivenza di fatto ha conseguenze finanziarie, l'adozione di criteri poco chiari comporterà inevitabilmente controversie e procedimenti giudiziari. Se, invece, i criteri sono obiettivi e riconoscibili sarà possibile assicurare la prevedibilità e la certezza del diritto.

Un criterio ipotizzabile è la *comunione domestica*. Esso avrebbe il vantaggio di essere facilmente verificabile, ma non esclude delimitazioni casuali: come classificare ad esempio due persone che vivono perlopiù insieme e si sostengono a vicenda, ma non hanno lo stesso domicilio? Va anche notato che una simile convivenza sarebbe vincolata a esigenze più severe rispetto a quelle poste dal matrimonio che non chiede ai coniugi di vivere assieme. Sarebbe possibile ovviare a questo inconveniente con la *presunzione dell'esistenza di una convivenza di fatto* nel caso in cui la coppia viva in comunione domestica. Le parti potrebbero confutare questa presunzione o rifiutarla (*opt-out*); sarebbero inoltre libere di provare l'esistenza della convivenza di fatto in altro modo.

Ci si potrebbe anche fondare su *fatti e convinzioni personali*. Questi sono tuttavia difficilmente comprovabili e rischierebbero di dar luogo a controversie giudiziarie. Si cadrebbe inoltre inevitabilmente in una situazione d'incoerenza: dato che l'istituto del matrimonio non beneficia (più) di una tutela esaustiva e che può essere sciolto su richiesta di una parte – dopo la scadenza del termine di separazione legale –, gli obblighi di fedeltà e assistenza hanno perso pressoché tutto il loro significato di criteri determinanti per il matrimonio¹⁰². Perché quindi dovrebbero essere tanto rilevanti per le coppie non sposate?

¹⁰⁰ Cfr. perizia SCHWENZER (nota 2), pag. 11 segg.

¹⁰¹ Cfr. in particolare COTTIER (nota 95), pag. 35 segg. Con numerosi rinvii nella nota 63.

¹⁰² La violazione di questi obblighi non ha alcun effetto se il matrimonio è poi sciolto.

Ci si potrebbe infine basare sul fatto che uno dei partner ha fornito un *notevole contributo alla vita comune*, sia sotto forma di prestazioni finanziarie o di altra natura (in particolare di assistenza del partner). È un criterio difficile, ma in linea di principio oggettivamente comprovabile, nonostante celi una considerevole incertezza e dipenda dalla condizione finanziaria e dalla situazione degli interessati. Occorrerebbe inoltre definire quando un contributo può essere considerato notevole. È chiaro che un simile modello può essere disciplinato soltanto limitatamente a livello generale e astratto; dovrebbe piuttosto essere concretato nel dettaglio dalla giurisprudenza. Si può inoltre obiettare che questo modello interessa casi in cui di norma si possono comunque far valere pretese contrattuali o semi contrattuali sulla base dei principi generali del diritto.

Da quanto esposto emerge chiaramente che la definizione della convivenza di fatto rappresenta una grande sfida. Secondo il Consiglio federale l'unico criterio soddisfacente è quello della comunione domestica che, di fatto, rappresenta la soluzione adottata nel suo messaggio sulla revisione del diritto in materia di adozione¹⁰³.

4.4.5 Applicazione per analogia delle disposizioni del diritto del matrimonio?

La soluzione più semplice sarebbe assoggettare la convivenza di fatto alle disposizioni del diritto del matrimonio, a determinate condizioni. La libertà coniugale garantita dalla Costituzione non contiene tuttavia soltanto una componente positiva, ma anche la libertà di *non* doversi sposare. Per essere valido, il matrimonio deve corrispondere alla libera volontà dei fidanzati.

I motivi per cui una coppia, o uno dei suoi membri, decide di non sposarsi possono essere molteplici. Le diverse filosofie di vita, il bisogno di libertà, l'anticonformismo o la concezione del posto dell'individuo nella società danno luogo, in maniera del tutto legittima, a una molteplicità di forme di vita al di fuori del matrimonio tradizionale. La decisione di non sposarsi può essere presa consapevolmente e di comune accordo, ma può anche essere riconducibile alla diversità d'opinioni o all'indecisione dei partner. Alla luce di queste considerazioni, appare problematico imporre per legge ai conviventi di fatto effetti giuridici simili a quelli del matrimonio; il Legislatore non può costringere una coppia a sposarsi¹⁰⁴. In linea di principio, gli interessati devono poter continuare a regolare la loro relazione come lo desiderano, fatta eccezione per le questioni riguardanti i figli. Sulla base di quanto precede, un'eventuale disciplinamento legale può essere attuato in due modi: mediante un modello *opt-in* o mediante un modello *opt-out*.

4.4.6 Modello *opt-in* o modello *opt-out*?

Svariati autori chiedono l'applicazione, per analogia, dei principi del diritto matrimoniale in caso di separazione di due conviventi di fatto. Si tratta sostanzialmente del modello *opt-in* e del modello *opt-out*:

- in applicazione del principio secondo cui ognuno ha il diritto di organizzare liberamente la propria vita privata¹⁰⁵, entrerebbe in linea di conto il modello *opt-in*, secondo il quale la coppia dichiara di volersi assoggettare al regime legale corrispondente. Le disposizioni legali sui conviventi di fatto si applicherebbero soltanto alle relazioni in cui entrambe le persone riconoscono espressamente la corrispondente normativa. La difficoltà risiede nel

¹⁰³ Messaggio sull'adozione (nota 37), pag. 815 segg.

¹⁰⁴ Vgl. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Ein neues Familienrecht für die Schweiz? Ein kritischer Blick auf das Reformprojekt, Fampra.ch 2014, 818 segg., 826 seg.; cfr. anche BÜCHLER (nota 39), pag. 799.

¹⁰⁵ Cfr. BÜCHLER (nota 39), pag. 800 seg.

fatto che se uno dei due partner non vuole sposarsi o concludere un'unione domestica registrata, è poco probabile che rilasci una dichiarazione di *opt-in*. Ci si troverebbe così di fronte a situazioni in cui non sarebbe possibile assicurare la protezione legale oggettivamente necessaria, perché la coppia non si è accordata su un *opt-in*. La lacuna giuridica esistente permanerebbe quindi almeno in parte. L'esempio del PACS francese mostra tuttavia che, nonostante quanto esposto, un simile modello può essere di grande utilità nella pratica;

- per evitare simili problemi, alcuni propongono l'introduzione di un modello *opt-out*¹⁰⁶. Le coppie che vivono in comunione domestica già da un certo tempo (p. es. tre anni) sarebbero automaticamente assoggettate alle disposizioni legali sulla convivenza di fatto, a meno che non dichiarino espressamente di non volerlo. In questo caso basterebbe l'*opt-out* di un solo partner per escludere il carattere vincolante della normativa; in alternativa si potrebbe valutare l'opportunità di esigere la dichiarazione di *entrambe* le persone.

4.4.7 **Excursus: il *pacte civil de solidarité* (PACS) secondo il diritto francese**

In Francia, il 13 ottobre 2014, il *pacte civil de solidarité* (PACS) ha festeggiato il suo 15° anniversario¹⁰⁷. Si tratta di un contratto di diritto civile disciplinato nel *Code Civil* francese. Consente a due adulti (che non sono né parenti prossimi né sposati) del *medesimo sesso o di sesso diverso* di organizzare la loro convivenza dal punto di vista giuridico. Riguarda esclusivamente lo status della coppia e non fonda alcun legame familiare. In particolare, trattandosi dei figli nati dentro il PACS, non è data la presunzione di paternità del partner della madre.

Mentre nel 2000 circa un quarto dei nuovi PACS concerneva coppie del medesimo sesso (5 412 su 22 271), nel 2013 oltre il 95 per cento dei PACS sono stati conclusi da coppie di sesso diverso (su 168 223 PACS soltanto 6 057 riguardavano coppie omosessuali). Va ricordato che, fino all'apertura dell'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali nel maggio 2013, il PACS era l'unica forma di unione retta dal diritto accessibile alle coppie di persone dello stesso sesso. Oggi in Francia, il PACS rappresenta il 41 per cento delle unioni civili. Mentre tra il 1999 e il 2013 il numero dei matrimoni ha registrato un calo (da 293 544 all'anno a 238 000), nello stesso periodo il numero di PACS è cresciuto di circa trenta volte (da 6 151 a 168 223). Il PACS è un modello di successo anche nell'ottica della stabilità della coppia: mentre nel 1999 su 6 151 nuovi PACS ne venivano sciolti sette, nel 2013 su 168 223 ne venivano sciolti 53 655, il che corrisponde a una quota di separazione di circa un terzo¹⁰⁸. Per i matrimoni, il rapporto tra i divorzi (121 849) e celebrazioni del matrimonio (238 000) era pari al 51 per cento nel 2013.

Il PACS può essere concluso in tribunale o da un notaio. Le formalità sono semplici. Lo stesso vale per lo scioglimento: basta una dichiarazione congiunta o anche unilaterale che l'ufficiale giudiziario trasmetterà all'altro partner. Se uno dei due partner muore o se una o entrambe le persone si sposano, il PACS cessa per legge.

Il PACS impegna le parti a sostenersi durante la convivenza, nei limiti delle capacità di ciascun partner, ad esempio in caso di malattia o disoccupazione. Lo stesso vale per gli aspetti materiali. I conviventi diventano solidamente responsabili per i vincoli contratti nell'ambito delle incombenze della vita quotidiana. In linea di massima, il PACS non tange i rapporti di

¹⁰⁶ Cfr. AEBI-MÜLLER (nota 104), pag. 829; BÜCHLER (nota 39), pag. 801; FOUNTOLAKIS (nota 165), 876, tutti con ulteriori rinvii.

¹⁰⁷ Diversi altri ordinamenti giuridici europei prevedono altresì unioni domestiche registrate analoghe, accessibili sia alle coppie dello stesso sesso che a quelle di sesso opposto (in particolare, Andorra, Belgio, Estonia, Gibilterra, Lussemburgo, Malta, e i Paesi Bassi).

¹⁰⁸ Cfr. «Le pacs a 15 ans», *Le Figaro* del 14 ott. 2014, reperibile sul sito: www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/10/14/01016-20141014ARTFIG00264-le-pacs-a-15-ans.php.

proprietà dei partner: ciascuno di essi resta unico proprietario del patrimonio che possedeva prima della conclusione del *PACS* o che acquisisce durante la validità di quest'ultimo.

La conclusione di un *PACS* non ha effetto sul cognome della coppia. Il *PACS* concluso con un partner straniero non conferisce a quest'ultimo il diritto di soggiornare in Francia, ma è preso in considerazione nella valutazione dei legami personali e familiari per il rilascio di un eventuale permesso di soggiorno.

Se il contratto di locazione dell'alloggio in comune è stato stipulato soltanto a nome di uno dei due interessati e questo lascia l'alloggio comune o muore, l'altro partner può chiedere che il contratto di locazione venga stipulato a nome suo. Se muore il partner proprietario dell'alloggio in comune, il superstite ha il diritto di continuare a vivere gratuitamente nell'alloggio ammobiliato per un anno.

Dal punto di vista delle assicurazioni sociali, il *PACS* conferisce alla coppia determinati diritti in caso di malattia, maternità o decesso. A determinate condizioni, il superstite può anche far valere un diritto a una rendita o a un capitale. Viceversa, chi stipula un *PACS* perde non soltanto il diritto a un'eventuale rendita vedovile preesistente, ma anche il diritto a un contributo statale per famiglie monoparentali. Dato che gli assegni familiari, i contributi abitativi e le rendite d'invalidità sono calcolati sulla base dell'insieme dei redditi della comunione domestica, il *PACS* può comportare la soppressione di queste prestazioni.

Infine, il diritto del lavoro francese conferisce alle persone che concludono un *PACS* determinati diritti per quanto riguarda i giorni di libero e le vacanze. Se lavorano presso l'Amministrazione pubblica, beneficiano inoltre di determinati privilegi in caso di trasferimento del partner. Il diritto fiscale francese prevede la tassazione congiunta delle persone che hanno concluso un *PACS* e concede loro determinate agevolazioni nell'ambito delle imposte sulla successione e sulla donazione, equiparabili a quelle accordate ai coniugi.

4.4.8 Valutazione

Sulla base di quanto illustrato, emerge che tutti i modelli discussi presentano determinate lacune. Un assoggettamento automatico dei conviventi di fatto alle disposizioni del diritto matrimoniale o dell'unione domestica registrata può violare il diritto del singolo di scegliere la sua forma di vita in piena responsabilità. Ma anche i modelli *opt-in* e *opt-out* possono portare o all'assoggettamento dei partner a una disciplina senza che questi l'abbiano voluto (*opt-out*) o al mancato assoggettamento a una qualsivoglia disciplina, contrariamente alla volontà dei partner (*opt-in*).

Considerato il successo del *PACS* in quanto alternativa al matrimonio soprattutto per le coppie eterosessuali, appare opportuno valutare se un simile istituto giuridico risponde a una necessità anche in Svizzera e se può essere considerato un complemento adatto agli istituti giuridici esistenti. Il diritto civile svizzero non prevede un negozio giuridico paragonabile al *PACS* o atto a soddisfare simili esigenze. Il numero di coppie non sposate in Svizzera è elevato e continua a crescere. Un *pacte de solidarité* di stampo svizzero dovrebbe distinguersi chiaramente dal matrimonio o dall'unione domestica registrata. Dovrebbe essere primariamente volto a semplificare, sul piano giuridico, le incombenze quotidiane e la convivenza dei partner e i suoi effetti dovrebbero essere limitati alla durata della convivenza. L'introduzione di un simile patto consentirebbe di perseguire segnatamente i seguenti obiettivi:

- prevedendo un obbligo reciproco di assistenza nel soddisfacimento delle esigenze della vita quotidiana, darebbe luogo a una solidarietà orizzontale, esplicita e ufficializzata, tra i partner;

- conferirebbe alla coppia un contorno giuridico più chiaro anche nei rapporti con terzi così come una certa prevedibilità, senza tuttavia che queste caratteristiche siano così estese come quelle del matrimonio o dell'unione domestica registrata. Troppe possibilità di adeguare o individualizzare un *PACS* nel singolo caso pregiudicherebbero per contro la certezza del diritto e la trasparenza nei confronti di terzi. Una certa uniformità sarebbe pertanto auspicabile;
- un *pacte de solidarité* potrebbe offrire alle coppie eterosessuali e omosessuali una terza via fra il matrimonio o l'unione domestica registrata e la convivenza di fatto. La sua caratteristica principale sarebbe di permettere a un impegno personale di avere determinati effetti giuridici, ma senza quegli obblighi così intensi ed espliciti effetto anche dopo la fine della relazione che sorgono nel caso del matrimonio o dell'unione domestica registrata;

Affinché un simile *pacte de solidarité* possa effettivamente soddisfare le esigenze giuridiche quotidiane di una coppia, occorrerebbe considerare gli aspetti seguenti:

- il punto centrale dell'istituto potrebbe essere l'obbligo reciproco di prestarsi assistenza e sostegno per la durata del *pacte de solidarité*. Ciò potrebbe anche comprendere la facoltà di rappresentare l'altro partner e la responsabilità solidale nei confronti di terzi per i vincoli risultanti dagli impegni assunti per soddisfare le esigenze della vita quotidiana;
- il *pacte* potrebbe prevedere prescrizioni sul trattamento privilegiato dell'abitazione comune, tra cui ad esempio l'obbligo del locatore di trasmettere la disdetta del contratto di locazione a entrambi i partner e, in caso di decesso di uno dei partner, il diritto dell'altro di mantenere il contratto di locazione dell'alloggio comune. Se il partner che è deceduto era il proprietario dell'alloggio comune potrebbe entrare in linea di conto la possibilità di concedere al partner superstite un diritto di usufrutto per un determinato periodo;
- si potrebbe ventilare l'opportunità di introdurre un diritto di visita legale e un diritto di essere informato sulle questioni mediche e sull'esecuzione delle pene e delle misure in istituti nonché un obbligo per il medico di consultare il partner in caso di incapacità dell'altro. Nel diritto procedurale si potrebbe inoltre prevedere la facoltà di non deporre a favore del partner.

Rimarrebbe da valutare l'opportunità di prevedere diritti o agevolazioni a favore del partner anche in campo fiscale e in quello del diritto in materia di assicurazioni sociali.

Qualora si volesse delimitare in maniera netta il *pacte de solidarité* dal matrimonio o dall'unione domestica registrata, il contenuto principale dello stesso non dovrebbe sicuramente prevedere obblighi di mantenimento, diritti in questioni ereditarie o riguardanti i figli, ma nemmeno rivendicazioni nell'ambito del regime dei beni o della divisione degli averi della previdenza professionale dopo il suo scioglimento. Ai partner dovrebbe tuttavia esser concessa la possibilità di istituire simili diritti su base volontaria, come accade in parte già oggi ad esempio nell'ambito del secondo pilastro e del diritto successorio.

Soltanto un ampio dibattito politico permetterà di capire se occorre effettivamente introdurre nel diritto di famiglia svizzero un istituto giuridico supplementare tra la convivenza di fatto e il matrimonio o l'unione domestica registrata.

Infine, occorre badare a che il numero degli istituti del diritto di famiglia non venga moltiplicato inutilmente. L'introduzione del *PACS* in alternativa al matrimonio offrirebbe alle coppie di persone di sesso diverso la possibilità di scegliere tra una relazione disciplinata in maniera esaustiva (matrimonio) e un'unione codificata soltanto in parte (*PACS*). Nell'ottica del principio della non discriminazione occorrerebbe offrire una simile alternativa anche alle coppie omosessuali.

Indipendentemente dal fatto che sia mantenuto lo status quo o che si offra alle coppie la possibilità di assoggettarsi a un nuovo istituto oltre a quello del matrimonio, vi saranno sempre coppie che non sottostanno ad alcun tipo particolare di regime, ma per le quali sussiste, in caso di separazione, una necessità di compensazione finanziaria. Il Consiglio federale ritiene che in simili casi sia necessario valutare *l'introduzione di una clausola di rigore di diritto civile* da applicare ad esempio se tra i partner sussiste un notevole squilibrio (economico) e uno dei due partner ha fornito prestazioni di sostegno importanti per la coppia. Un'ulteriore condizione dovrebbe essere che la separazione implichi difficoltà finanziarie per il partner. In questi casi la conseguenza giuridica sarebbe una compensazione finanziaria stabilita dal giudice.

4.5 Le designazioni di stato civile

La modernizzazione del diritto di famiglia impone una riflessione sull'opportunità di semplificare le designazioni di stato civile. Nella misura in cui la posizione giuridica dell'unione domestica registrata si avvicina sempre più a quella del matrimonio, non vi è più motivo di prevedere designazioni di stato civile differenti. Le designazioni di stato civile potrebbero essere considerevolmente semplificate.

4.5.1 Osservazioni generali

Lo stato civile di una persona definisce la sua posizione all'interno dell'ordinamento giuridico risultante dalle caratteristiche del diritto di famiglia, compreso il cognome¹⁰⁹. In Svizzera gli stati civili possibili sono: «celibe» o «nubile», «coniugato», «divorziato», «vedovo», «non coniugato», «in unione domestica registrata», «in unione domestica sciolta» (per quest'ultimo stato civile è prevista l'indicazione del motivo: «in unione domestica sciolta giudizialmente», «unione domestica sciolta per decesso», «in unione domestica sciolta in seguito a dichiarazione di scomparsa»).

4.5.2 Funzione degli stati civili

Nell'ordinamento giuridico diversi diritti e obblighi (p. es. le rendite vedovili o il trattamento fiscale per i coniugi) sono associati all'esistenza o all'assenza di una relazione disciplinata dalla legge. Lo stato civile ufficiale attesta l'esistenza o l'assenza di una relazione che può essere provata in modo chiaro e univoco grazie agli estratti rilasciati dai registri dello stato civile. Questo sistema ha di fatto dato buona prova in particolare nel diritto in materia di assicurazioni sociali e nel diritto di famiglia e assicura procedure efficaci e sicure su scala nazionale e internazionale.

Gli stati civili attuali si lasciano suddividere in tre gruppi, a seconda della loro funzione o dei diritti e degli obblighi ad essi associati:

- il primo comprende gli stati civili «celibe» o «nubile», «divorziato», «unione domestica sciolta», «non coniugato». Fatte salve delle eccezioni nel diritto in materia di assicurazioni sociali, si tratta sostanzialmente di determinare la differenza rispetto a persone sposate o che vivono in unione domestica registrata. Per questi stati civili valgono le stesse regole;

¹⁰⁹ Cfr. il rapporto del Consiglio federale concernente il postulato 12.3058 («Esame di un possibile adeguamento delle designazioni di stato civile», Hodgers), reperibile all'indirizzo: <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2014/2014-10-08/ber-br-i.pdf>.

- il secondo gruppo comprende gli stati civili «coniugato» e «in unione domestica registrata». Le conseguenze giuridiche risultanti dal matrimonio e dall'unione domestica registrata sono praticamente identiche, fatta eccezione per il diritto in materia di adozione e di medicina riproduttiva¹¹⁰. In svariati settori, dal punto di vista giuridico importa soltanto sapere se le persone interessate sono sposate o vivono in unione domestica registrata, ad esempio in vista della decisione relativa all'alloggio comune;
- il terzo gruppo comprende i vedovi e i sopravvissuti delle unioni domestiche registrate sciolte per decesso, che rivestono un ruolo importante soprattutto nel diritto in materia di assicurazioni sociali e sono assoggettati a regole proprie.

4.5.3 Valutazione

Nel quadro delle riflessioni sulla modernizzazione del diritto di famiglia e alla luce di quanto appena esposto, occorre ripensare le attuali designazioni dello stato civile e valutare l'opportunità di ridurne il numero.

Qualora l'unione domestica registrata venisse considerata un diritto fondamentale, come il matrimonio, non vi sarebbe più un interesse pubblico a mantenere lo stato civile «in unione domestica registrata» come designazione dello stato civile indipendente. Nell'ipotesi in cui si volesse continuare a disciplinare separatamente l'ammissione all'adozione e alle procedure di medicina riproduttiva, sarebbe possibile emanare una legge speciale, indipendentemente dallo stato civile.

Infine, per quanto riguardagli stati civili «divorziato» e «non coniugato» non appare sussistere alcun interesse pubblico predominante a mantenerli accanto allo stato civile «celibe» o «nubile», fatta eccezione per alcuni ambiti giuridici (diritto in materia di assicurazioni sociali, diritto della previdenza professionale). Basterebbe un termine sovraordinato «non coniugato» per tutti i tre casi¹¹¹. Per analogia, anche lo stato civile «unione domestica sciolta» potrebbe essere sussumibile sotto lo stato civile «non coniugato».

Nell'interesse di un disciplinamento semplice ed essenziale si potrebbero quindi mantenere tre stati civili: «non coniugato», «coniugato/in unione domestica registrata», «vedovo». La soppressione dello stato civile «divorziato» sarebbe per contro unica a livello internazionale.

4.6 Diritto del cognome

L'uguaglianza dei coniugi nel diritto del cognome vale dal 1° gennaio 2013. Il matrimonio non comporta più un cambiamento del cognome per legge. I coniugi possono scegliere un cognome comune mediante dichiarazione. Devono inoltre determinare il cognome che porteranno i figli avuti in comune. Se non giungono a un'intesa, deciderà il giudice. I partner registrati possono altresì scegliere un cognome comune.

4.6.1 Osservazioni generali

Il 1° gennaio 2013 è entrato in vigore il nuovo diritto del cognome. Diversamente dal diritto previgente, esso realizza *il principio dell'immutabilità del cognome* nonché della cittadinanza

¹¹⁰ La naturalizzazione agevolata è invece prevista soltanto per i coniugi, non per i partner registrati, cfr. art. 27 seg. della legge del 29 set. 1952 sulla cittadinanza (LCit; RS 141.0).

¹¹¹ Lo scioglimento giudiziale di un matrimonio continuerebbe a essere registrato nel registro dello stato civile, per cui, la prova del divorzio potrebbe, se necessario, sempre essere prodotta – p.es nel caso (raro) dell'art. 24a della legge federale del 20 dic. 1946 sull'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti (LAVS; SR 831.10).

cantonale e dell'attinenza comunale del coniuge. Ogni coniuge mantiene il proprio cognome e la propria cittadinanza cantonale. In questo modo l'uguaglianza tra uomo e donna è assicurata. Gli sposi che vogliono esprimere la loro unione tramite il cognome lo possono fare come finora adottando un cognome comune. La possibilità di scegliere un cognome comune è data anche ai partner in unione domestica registrata. Nel 2013, circa il 71 per cento dei fidanzati si è deciso per un cognome comune; il 29 per cento ha mantenuto il proprio cognome.

Il nuovo diritto del cognome viene tuttavia in parte rimesso in discussione, segnatamente perché non ammette più il *doppio cognome* ufficiale (cognome scritto senza trattino e iscritto nei registri e nei documenti d'identità)¹¹².

4.6.2 Valutazione

Il Consiglio federale ritiene che sarebbe prematuro ritornare a discutere di un adeguamento del diritto del cognome, anche perché si tratta di un ambito in cui la *continuità* riveste un'importanza capitale, non soltanto in riferimento ai cognomi portati da ogni persona, ma soprattutto alle norme generali e astratte che disciplinano il cognome. Nella pratica, le abitudini e le pratiche sociali influiscono fortemente sulla scelta del cognome. L'esperienza mostra che ci vuole un certo tempo affinché queste si adeguano alle nuove norme giuridiche. Sarebbe pertanto precipitoso rivedere la legge dopo così poco tempo dalla sua entrata in vigore, in ogni caso non finché non sia stato provato che il diritto rivisto ha comportato gravi violazioni degli interessi individuali o dell'interesse pubblico. Il Consiglio federale ritiene che attualmente non vi sia alcuna necessità di legiferare¹¹³.

5 Diritto della filiazione

5.1 Osservazioni generali

I bambini hanno bisogno di una tutela particolare. Il diritto svizzero ha equiparato la posizione dei figli nati nel matrimonio a quella dei figli nati fuori dal matrimonio ed eliminato, per quanto possibile, le differenze originariamente presenti.

I bambini sono l'anello più debole della catena della nostra società e hanno bisogno di una protezione particolare. Il Legislatore si è quindi posto esplicitamente come obiettivo di rafforzare la posizione dei figli anche nel quadro delle recenti revisioni del diritto di famiglia, affinché questi possano approfittare di un quadro legale ottimale¹¹⁴.

I genitori sono primariamente responsabili per la cura e l'educazione dei figli; in questo contesto lo status dei genitori è irrilevante: indipendentemente dal fatto che siano sposati, sono entrambi responsabili nei confronti del figlio che hanno avuto in comune e devono occuparsene. Le loro responsabilità e i loro obblighi non dipendono dal fatto che il figlio sia nato nel o fuori dal matrimonio.

Con la revisione del diritto della filiazione del 1976 il figlio nato fuori dal matrimonio è stato ampiamente equiparato al figlio nato nel matrimonio. Questa equiparazione si limitava tuttavia a questioni relative allo status e al diritto successorio del figlio e non interessava l'autorità parentale. L'equiparazione in quest'ultimo campo è stata realizzata soltanto con la revisione

¹¹² Cfr. in particolare l'interpellanza 14.3521 («Quali sono gli effetti del nuovo diritto del cognome?», Ruiz).

¹¹³ Cfr. in particolare il postulato 14.4301 («Per uno studio sugli effetti del nuovo diritto del cognome», Ruiz).

¹¹⁴ Messaggio del 16 nov. 2011 concernente una modifica del Codice civile svizzero (Autorità parentale), FF 2011 8025 segg., 8031; messaggio sul mantenimento (nota 35), pag. 509; messaggio sull'adozione (nota 37), p. 794.

della rispettiva legge. Infine, la corrente revisione del diritto in materia di mantenimento è volta esplicitamente a eliminare le esistenti disparità di trattamento nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio, in particolare con l'introduzione del *contributo di accudimento*¹¹⁵.

Lo status di soggetto di diritto autonomo conferisce alle esigenze del figlio un *carattere proprio*. Non possono essere definite in funzione dello status e delle necessità dei suoi genitori. Su questo sfondo le soluzioni per la posizione del figlio non possono derivare da una ponderazione degli interessi dei genitori, senza tenere conto degli interessi del minore.

5.2 Autorità parentale

L'autorità parentale congiunta e il contributo di accudimento rappresentano due tappe importanti. Resta da valutare in quale misura terzi possono essere tenuti in linea di conto per l'autorità parentale.

5.2.1 Principi della normativa vigente

Il 21 giugno 2013 le Camere federali hanno approvato il progetto concernente l'autorità parentale congiunta. Secondo il diritto rivisto, entrato in vigore il 1° luglio 2014, l'autorità parentale congiunta diventa la *norma*, indipendentemente dallo stato civile dei genitori¹¹⁶. Un genitore potrà essere privato dell'autorità parentale soltanto se necessario alla tutela degli interessi del figlio. In caso di divorzio, sarà il giudice a decidere se sussiste un motivo per revocare l'autorità parentale¹¹⁷. Se il figlio è nato fuori dal matrimonio, invece, la decisione sarà presa dall'autorità di protezione dei minori¹¹⁸. Nello stesso tempo, il nuovo diritto conferisce al genitore che ha cura del figlio il diritto di decidere autonomamente su affari quotidiani o urgenti¹¹⁹.

Un'ulteriore novità prevista dal nuovo diritto è che il genitore che detiene l'autorità parentale ha il *diritto di decidere il luogo di dimora del figlio*. Di conseguenza, se i genitori esercitano l'autorità parentale congiuntamente, un genitore non potrà cambiare il domicilio del figlio senza il consenso dell'altro, perlomeno se il trasloco ha ripercussioni rilevanti sull'esercizio dell'autorità parentale da parte dell'altro genitore e sulle relazioni personali¹²⁰. S'intende così ricordare ai genitori che l'autorità parentale congiunta non è soltanto un diritto, ma anche un obbligo che deve essere soddisfatto congiuntamente.

Le nuove disposizioni sull'autorità parentale, hanno eliminato ampiamente le differenti conseguenze giuridiche dell'autorità parentale, poiché la responsabilità per la cura e l'educazione dei figli non viene più fatta dipendere primariamente dallo stato civile dei genitori. Secondo il nuovo diritto è determinante soltanto il bene del minore. Mentre per i genitori sposati l'autorità parentale è la norma, anche dopo il divorzio, per i genitori non sposati la normativa prevede una soluzione differenziata. Tuttavia anche in questo caso l'autorità parentale congiunta è la norma, non appena è accertata la filiazione paterna. Secondo il nuovo diritto, l'autorità di protezione dei minori e degli adulti (APMA) dovrà inoltre accontentarsi della dichiarazione dei genitori secondo la quale si sono accordati sulle questioni relative ai figli e non controllerà più la convenzione (di mantenimento). All'APMA incomberà tuttavia ancora l'obbligo di offrire ai genitori, se del caso, la consulenza e il sostegno necessari; viene per contro

¹¹⁵ Messaggio sul mantenimento (nota 35), pag. 510 segg.

¹¹⁶ Cfr. art. 296 cpv. 2 CC.

¹¹⁷ Cfr. art. 298 cpv. 1 CC.

¹¹⁸ Cfr. art. 298b cpv. 2 CC.

¹¹⁹ Cfr. art. 301 cpv. 1^{bis} CC

¹²⁰ Cfr. art. 301a cpv. 2 lett. b CC

meno l'automatismo del diritto previgente che prevedeva la nomina di un curatore per il figlio di una madre nubile (art. 309 vCC).

5.2.2 Concessione dell'autorità parentale a terzi (in particolare ai patrigni e alle matrigne)?

L'aumento del numero di famiglie ricomposte fa sorgere la domanda sul ruolo della matrigna o del patrigno (ovvero della persona che vive con la madre o il padre del figlio, sia questo nell'ambito di un matrimonio, di un'unione domestica registrata o di una convivenza di fatto) nei confronti del figlio che vive nella stessa economia domestica¹²¹. Occorre concedere loro l'autorità parentale? In Francia è attualmente al vaglio l'introduzione di un «*mandat d'éducation quotidienne*» a favore della matrigna o del patrigno. La Svizzera conosce una «piccola autorità parentale» per il coniuge o il partner registrato, che ha il diritto e il dovere di rappresentare i genitori nell'esercizio dell'autorità parentale qualora le circostanze lo richiedono¹²².

5.2.3 Valutazione

In ultima analisi, la limitazione della «piccola autorità parentale» ai coniugi e ai partner registrati porta a una disparità di trattamento dei figli i cui genitori non sono sposati o non vivono in un'unione domestica registrata. Occorre pertanto valutare l'opportunità di conferire i corrispondenti diritti e doveri anche ad altre persone, sempreché il genitore che esercita l'autorità parentale vi acconsenta¹²³.

5.3 Maternità

Il principio «mater semper certa est» va mantenuto. In futuro potrebbe tuttavia rivelarsi necessario tenere conto della possibilità di scindere la maternità, il tema non è però urgente.

5.3.1 Il principio *mater semper certa est*

Secondo il CC il rapporto di filiazione sorge fra la madre e il figlio con la nascita¹²⁴. È determinante l'atto biologico del parto. Il rapporto di filiazione materna non può essere contestato: *mater semper certa est*.

5.3.2 Sviluppi nella medicina riproduttiva

I metodi di procreazione assistita sollevano questioni di delimitazione anche riguardo alla maternità: la donna che ha partorito il figlio non è necessariamente la madre genetica del figlio, perché può aver ricevuto l'oocita da un'altra donna. È anche possibile che un'altra donna assuma il ruolo di madre sociale nei confronti del figlio provvedendo alla sua cura e alla sua educazione. Il CC non si esprime su questo punto. Si pone quindi la domanda se occorra riconoscere la realtà della *maternità scissa* e codificarla?

¹²¹ Cfr. interpellanza Thorens Goumaz 14.3848 («Quale riconoscimento e quale statuto per i terzi che si assumono un ruolo di "genitore di fatto", in particolare i patrigni e le matrigne»).

¹²² Cfr. art. 299 CC e art. 27 LUD.

¹²³ Cfr. perizia SCHWENZER (nota 2), pag. 44 seg.; critico per contro RUMO-JUNGO (nota 135), pag. 846, secondo cui conviene limitarsi ai casi in cui manca una doppia responsabilità dei genitori.

¹²⁴ Cfr. art. 252 cpv. 1 CC.

5.3.3 Valutazione

La possibilità di scindere la maternità nei diversi ruoli genetici, gestazionali e sociali solleva questioni di fondo che non possono essere discusse a prescindere dalla maternità sostitutiva. Finché in Svizzera la maternità sostitutiva sarà vietata dalla Costituzione, è inutile rimettere in questione il principio *mater semper certa est*. D'altro canto domande sulla maternità scissa si pongono in relazione all'applicazione del diritto (maternità sostitutive o donazioni di oociti che, nonostante il divieto in Svizzera, vengono effettuate all'estero), nel quadro di interventi politici¹²⁵ e nelle riflessioni di fondo sul futuro della medicina della procreazione¹²⁶. L'esito di queste discussioni potrebbe avere conseguenze sul diritto di famiglia.

5.4 Paternità

Il disciplinamento della paternità del marito è un corollario dell'istituto del matrimonio. Antepone la volontà dei coniugi di allevare insieme un figlio biologicamente non comune al diritto del figlio di conoscere la sua filiazione genetica come pure ai diritti del padre genetico. L'allentamento di questo disciplinamento va valutato accuratamente.

5.4.1 L'istituzione della paternità

La filiazione paterna è un punto delicato nel diritto vigente. Contrariamente a quanto vale per la madre, all'epoca della stesura del Codice civile non era possibile disporre di prove certe che consentissero un'attribuzione inequivocabile del figlio al padre; al limite si potevano scartare determinate persone in base alle caratteristiche fisiche. Il diritto svizzero ha dunque fatto capo alla soluzione seguente: il rapporto di filiazione paterno sorge o dal *matrimonio con la madre del figlio*¹²⁷ o mediante il *riconoscimento* del figlio da parte del padre¹²⁸. Per il rapporto di filiazione non è dunque determinante il legame genetico, bensì una circostanza sociale (esistenza di un matrimonio) o un determinato atto formalizzato (rilascio di una dichiarazione di volontà).

5.4.2 Situazione giuridica attuale

Se vi sono dubbi circa la presunta paternità del marito della madre del figlio, il Legislatore fa capo al legame genetico: da un lato, il padre genetico che non è sposato con la madre e che si rifiuta di riconoscere il figlio può essere obbligato ad assumere la paternità legale mediante un'azione di paternità¹²⁹. Dall'altro, il marito della madre, presunto padre, può contestare con successo la paternità soltanto se non sussiste alcun legame genetico tra lui e il minore¹³⁰.

Il riconoscimento di un figlio può esser contestato da ogni interessato¹³¹. Per contro, la presunzione di paternità del marito può essere contestata soltanto dal figlio e dal marito stesso¹³². Né la madre né il padre biologico hanno diritto all'azione. Il figlio ha il diritto

¹²⁵ Iniziativa parlamentare 12.487 («Autorizzare la donazione di oociti», Neiryneck).

¹²⁶ Commissione nazionale d'etica in materia di medicina umana (CNE), La procreazione con assistenza medica, Considerazioni etiche e proposte per il futuro, Parere n. 22/2013 Berna, novembre 2013.

¹²⁷ Cfr. art. 255 cpv. 1 CC.

¹²⁸ Cfr. art. 260 cpv. 1 CC.

¹²⁹ Cfr. art. 261 segg. CC.

¹³⁰ Cfr. art. 256 segg. CC.

¹³¹ Cfr. art. 260a CC.

¹³² Cfr. art. 256 cpv. 1 CC.

all'azione soltanto se i coniugi hanno sospeso l'unione domestica mentre era ancora minore¹³³. Il Legislatore voleva così tutelare l'istituto del matrimonio, accordando alla volontà dei coniugi di educare insieme un minore una protezione maggiore rispetto agli interessi di terzi e addirittura rispetto agli interessi del minore a conoscere la sua origine. Questa normativa è viepiù contestata¹³⁴. In particolare ci si chiede se non occorra introdurre un *diritto all'azione per il presunto padre genetico e per la madre* ed estendere quello del *minore*.

5.4.3 Fatti biologici e rapporti giuridici

Il diritto vigente non distingue fra genitorialità genetica, biologica e sociale. Menziona soltanto i genitori legali, indipendentemente dalle circostanze concrete. La genitorialità può tuttavia essere scissa. È lecito chiedersi se il diritto non debba tenere conto di questa pluralità di aspetti. Un figlio ha il diritto di conoscere la sua origine. In futuro occorrerà sviluppare modelli che consentano di tenere maggiormente conto di questo diritto.

La discussione necessaria a tal fine dovrà rimettere in questione anche i meccanismi giuridici esistenti, in particolare la presunzione di paternità del marito della madre¹³⁵. Come alternativa sarebbe ipotizzabile un sistema in cui ogni figlio deve essere riconosciuto dal proprio padre (eventualmente anche indipendentemente dal fatto che si tratti del padre genetico o sociale e che sia sposato con la madre o meno)¹³⁶. Questo modello solleva un'altra domanda: non occorre prevedere che anche la madre debba riconoscere il proprio figlio, affinché s'istauri una relazione giuridica tra lei e il figlio, come è ad esempio già oggi il caso in Francia¹³⁷?

5.4.4 Valutazione

Se il figlio va considerato un soggetto di diritto autonomo, ci si chiede se la volontà dei coniugi di restare sposati debba avere la preminenza su un suo interesse eventualmente contrario. Si può partire dal presupposto che, perlomeno in tenera età, il figlio non abbia di norma interesse a mettere in dubbio la paternità del marito di sua madre e a contestarla dinanzi a un giudice. Ma non appena il figlio raggiunge la soglia della pubertà e inizia a porsi domande sulla sua origine e sulla sua personalità, può sorgere la domanda della filiazione genetica. I bambini adottati e quelli nati mediante una donazione di sperma hanno per legge il diritto di conoscere l'identità dei loro genitori genetici, anche se ciò non corrisponde al desiderio dei loro genitori sociali. Ciò risulta dal diritto di ognuno *di avere accesso ai propri dati genetici* garantito dalla Costituzione¹³⁸. Ai fini della coerenza, un minore che non è stato adottato o concepito grazie a una donazione di sperma dovrebbe anch'egli avere la possibilità di intentare un'azione nei confronti del marito di sua madre e contestare la sua paternità, indipendentemente dal fatto che la coppia viva ancora assieme o meno oppure a prescindere dal momento in cui si sono separati¹³⁹. Nel campo della maternità sostitutiva, delle do-

¹³³ Cfr. art. 256 cpv. 1 n. 2 CC.

¹³⁴ Cfr., tra tanti, INGEBORG SCHWENZER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5^a ed., Basilea 2014, art. 256 N 5.

¹³⁵ Cfr. ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, Fampra.ch 2014, pag. 838 segg., pag. 839 segg.

¹³⁶ Cfr. RUMO-JUNGO (nota 135), pag. 841 seg.

¹³⁷ Perizia ISDC (nota 3), pag. 67

¹³⁸ Art. 119 cpv. 2 lett. g Cost.

¹³⁹ Cfr. anche AEBI-MÜLLER (nota 104), pag 834.

nazioni di oociti ed embrioni, occorrerà, a seconda dell'esito della discussione sulla legislazione in materia di medicina riproduttiva, reimpostare il diritto di famiglia al fine di assicurare la necessaria coerenza tra i diversi ambiti del diritto.

5.5 Scioglimento del rapporto di filiazione

La discussione sulla possibilità di sciogliere il rapporto di filiazione giuridico è appena stata avviata.

La separazione tra i fatti genetici, biologici e sociali dal rapporto di filiazione giuridico può portare a risultati insoddisfacenti. Mentre le circostanze materiali del concepimento della nascita di un figlio restano immutate, i rapporti giuridici possono cambiare. La questione dello scioglimento del rapporto di filiazione si pone segnatamente in relazione al legame giuridico che l'adozione istaura tra il minore e i genitori non imparentati biologicamente. In realtà la relativa domanda si è posta in particolare in relazione alle adozioni forzate effettuate di recente. Come per il divorzio tra coniugi o lo scioglimento dell'unione domestica registrata, occorrerebbe vagliare la possibilità di sciogliere i rapporti di filiazione giuridici, senza che sia necessario stabilirne di nuovi. Quest'idea, peraltro, non è nemmeno così nuova: per natura, ogni minore ha un padre genetico; se, tuttavia, la madre è nubile e il padre non è noto, il figlio è considerato legalmente privo di padre per tutta la sua vita. Le critiche mosse a questa possibilità riguardano l'impossibilità di prevederne le conseguenze, non essendo mai esistita prima. La discussione appena avviata deve quindi essere portata avanti, prima di prendere decisioni legislative.

5.6 La maternità sostitutiva e la donazione di oociti

Visto che in Svizzera è vietata sia la maternità sostitutiva che la donazione di oociti, le coppie senza figli che desiderano ricorrere a questi metodi per averne, si recano all'estero, il che comporta seri problemi giuridici di riconoscimento, soprattutto per quanto riguarda la maternità sostitutiva. Attualmente, tuttavia, non appare opportuno allentare il divieto della maternità sostitutiva in Svizzera.

5.6.1 Osservazioni generali¹⁴⁰

Oggi in molti Paesi la maternità sostitutiva è vietata. Questa situazione genera un turismo procreativo in Paesi in cui l'ordinamento giuridico ammette la maternità sostitutiva¹⁴¹. La globalizzazione e lo sviluppo della tecnica medica hanno indotto una crescente commercializzazione della procreazione umana: la fertilità dell'uomo e della donna, ma anche il nascituro sono diventati un oggetto modellabile secondo la volontà dell'uomo, sono degenerati in merce. Prima della gravidanza e della nascita, la madre sostitutiva e i genitori intenzionali pattuiscono il prezzo per la consegna del bambino dopo il parto. In generale le madri sostitutive sono donne che vivono in condizioni economiche precarie. Spesso queste donne, a causa della loro situazione finanziaria e in parte anche per mancanza di un'istruzione, non sono in grado di riconoscere o rifiutare le offerte svantaggiose. I genitori intenzionali, dal canto loro, possono invece scegliere la madre sostitutiva che costa di meno.

¹⁴⁰ Cfr. il rapporto del Consiglio federale del 29 nov. 2013 sulla maternità sostitutiva, reperibile sul sito: **Error! Hyperlink reference not valid.** & servizi>Rapporti.

¹⁴¹ Messaggio del 26 giu. 1996 relativo all'iniziativa popolare «per la protezione dell'essere umano dalle manipolazioni nella tecnologia della procreazione», FF 1996 III 189 segg., 231.

Vietando esplicitamente la maternità sostitutiva¹⁴², il costituente esprime un apprezzamento politico-giuridico e riconosce che è spesso difficile tutelare gli interessi del minore, della madre sostitutiva e dei genitori intenzionali. Con questo divieto s'intende inoltre prevenire la tratta di minori e la commercializzazione del patrimonio genetico umano.

Dall'introduzione, nel 1992, del divieto della maternità sostitutiva nella vecchia Costituzione, sono intervenuti diversi cambiamenti sociali e la tecnica si è evoluta. In origine erano molto controverse anche la medicina riproduttiva e soprattutto la donazione di spermatozoi che venivano disciplinate in modo diverso da Cantone a Cantone. Ci è voluta una decisione di principio del Tribunale federale per uniformare la prassi a livello Svizzero e riconoscere che il divieto di donare spermatozoi rappresenta un'ingerenza inammissibile nella libertà riproduttiva¹⁴³. Nel diritto vigente la libertà riproduttiva vale soltanto per le persone sposate e unicamente se la donna dispone di oociti propri in grado di essere fecondati. Questa limitazione fa sì che oggi molte coppie senza bambini vadano all'estero per una donazione di oociti (a volte anche per una donazione di embrioni) o per ricorrere a una madre sostitutiva.

La donazione di oociti, invece, non è vietata dalla Costituzione, ma dall'articolo 4 della legge del 18 dicembre 1998¹⁴⁴ sulla medicina della procreazione (LPAM)¹⁴⁵. Attualmente è discussa la distinzione tra la donazione di spermatozoi e la donazione di oociti (e anche di embrioni) sotto il profilo della non-discriminazione. Le commissioni competenti hanno inoltre dato seguito a un'iniziativa popolare che chiede la legalizzazione della donazione di oociti e di embrioni¹⁴⁶. Una perizia commissionata dall'Ufficio federale della sanità giunge alla conclusione che, in relazione alla legge sulla medicina della procreazione, per assicurare la responsabilità genitoriale occorre rafforzare e dare maggior peso alla genitorialità sociale indipendentemente dal sesso o dallo stato civile dei genitori¹⁴⁷.

5.6.2 Maternità sostitutiva estera

Va esaminato come debbano procedere le autorità svizzere nel caso in cui genitori intenzionali svizzeri rientrano in Svizzera con un bambino nato all'estero da una madre sostitutiva e dopo che è stato stabilito un rapporto di filiazione valido secondo il diritto estero¹⁴⁸.

I rapporti di filiazione stabiliti all'estero sono riconosciuti in Svizzera secondo la LDIP o, se del caso, secondo normative di diritto internazionale. Se i genitori sposati presentano un atto di nascita estero, di norma, questo rapporto di filiazione è riconosciuto. Spesso le autorità svizzere non sono in grado di stabilire se dietro all'atto di nascita si nasconde il ricorso a una madre sostitutiva, soprattutto quando la nascita di un figlio appare biologicamente plausibile in base all'età della coppia. In questi casi, il minore è iscritto nel registro dello stato civile

¹⁴² Cfr. art. 119 cpv. 3 lett. d Cost.

¹⁴³ Nella DTF 119 Ia 460 il Tribunale ha rilevato che il desiderio di avere un figlio non è motivato soltanto dall'esigenza di trasmettere il proprio patrimonio genetico, ma piuttosto dalla voglia di stabilire una relazione tra genitori e figli e di vivere con il figlio. Ad essere determinante potrebbe quindi essere piuttosto il desiderio di allevare il proprio figlio, di essere in contatto con lui, di trasmettergli riflessioni e valori, di accompagnarlo nel suo sviluppo e di vivere una relazione emozionale stretta con lui. In questo senso non può essere determinante soltanto l'origine del materiale embrionale necessario alla riproduzione. Cfr. anche ESTHER AMSTUTZ/THOMAS GÄCHTER, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, Jusletter del 31 gen. 2011, n. marg. 11.

¹⁴⁴ RS 810.11

¹⁴⁵ Cfr. riguardo alla donazione di oociti la perizia commissionata dall'Ufficio federale della sanità di ANDREA BÜCHLER, Die Eizellenspende in der Schweiz de lege lata und de lege ferenda, Zurigo 2013, reperibile in tedesco e in francese sul sito dell'Ufficio federale della sanità: **Error! Hyperlink reference not valid.** e medicina>Medicina della procreazione>Pareri e perizie.

¹⁴⁶ Iniziativa parlamentare Neiryck 12.487 «Autorizzare la donazione di oociti»; RUMO-JUNGO (nota 135), pag. 848.

¹⁴⁷ HEIDI SIMONI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten 'Kindeswohl, Familie und Elternschaft' im Fortpflanzungsmedizingesetz, sett. 2012, reperibile in tedesco sul sito dell'Ufficio federale della sanità auf der Website des Bundesamts für Gesundheit **Error! Hyperlink reference not valid.** e medicina>Medicina della procreazione>Pareri e perizie.

¹⁴⁸ Cfr. RUMO-JUNGO (nota 135), pag. 849 seg.

come figlio legittimo della coppia. Se tuttavia, indizi concreti lasciano supporre che vi è stato un ricorso a una madre sostitutiva – ad esempio perché la madre intenzionale non è manifestamente più in età fertile – l'atto di nascita estero non viene automaticamente riconosciuto in Svizzera.

In questo contesto è interessante la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale nel giugno 2014 ha deciso in due casi¹⁴⁹, che un rapporto di filiazione giuridico stabilito all'estero riconducibile a una maternità sostitutiva non può, in linea di principio, essere rifiutato. Secondo la Corte non sarebbe ammissibile che un bambino non possieda alcuna nazionalità, che non sia iscritto nel registro dello stato civile e quindi che non ottenga né un passaporto né una carta d'identità. Per analogia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che ogni bambino ha *il diritto a un'identità accertata in modo sicuro*, che comprende anche la filiazione giuridica. Ciò varrebbe in misura ancora maggiore per il genitore dal quale il figlio discende geneticamente.

5.6.3 Valutazione

Attualmente non appare opportuno abrogare il divieto della maternità sostitutiva¹⁵⁰. Occorre piuttosto risolvere i problemi legati al riconoscimento della filiazione dei bambini nati all'estero da una madre sostitutiva. Nel settembre 2014 l'Ufficio federale di giustizia ha impugnato dinanzi al Tribunale federale una sentenza del Tribunale amministrativo del Cantone di San Gallo che riconosceva a due uomini la paternità di un bambino partorito negli Stati Uniti da una madre sostitutiva¹⁵¹. È presumibile che in questo contesto il Tribunale federale chiarirà diverse questioni importanti a medio termine.

La Svizzera si impegna affinché le questioni legate alla maternità sostitutiva vengano discusse a livello internazionale, per tutelare meglio gli interessi delle madri sostitutive e dei minori interessati¹⁵². Nel quadro della Conferenza dell'Aia, si è espressa a favore dell'avvio dei lavori di base nell'ambito della maternità sostitutiva. La difficoltà consiste nel fatto che gli Stati che offrono prestazioni di maternità sostitutiva a genitori intenzionali stranieri non sono necessariamente a favore di una regolamentazione internazionale restrittiva in materia.

Nel campo della donazione di oociti la situazione è un'altra. L'attuale divieto di donare oociti viola il diritto alla libertà personale che tutela il desiderio di avere figli delle coppie interessate ed è contrario al principio della parità di trattamento garantito dalla Costituzione¹⁵³. Appare pertanto necessario riflettere sull'opportunità di abrogare l'attuale divieto.

5.7 Adozione

Il diritto in materia di adozione è attualmente sottoposto a una revisione parziale. È prevista l'estensione dell'adozione del figliastro ai partner registrati e ai conviventi di fatto.

¹⁴⁹ *Menesson e altri contro la Francia* (ricorso n. 65192/11), *Labassée e altri contro la Francia* (ricorso n. 65941/11); un dritto caso, *Paradiso e Campanelli contro l'Italia* (ricorso n. 25358/12), è ancora pendente.

¹⁵⁰ Cfr. anche la risposta del Consiglio federale del 5 nov. 2014 all'interpellanza 14.3742 («Maternità sostitutiva», Fehr).

¹⁵¹ Cfr. il comunicato stampa dell'UFG del 26 set. 2014 reperibile sul sito: <https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/aktuell/news/2014/2014-09-26.html>; cfr. anche RUMO-JUNGO (nota 148), pag. 851.

¹⁵² La Conferenza dell'Aia di Diritto Internazionale privato ha iscritto la tematica all'ordine del giorno. Attualmente sono in corso i relativi lavori preparatori.

¹⁵³ Cfr. la perizia di ANDREA BÜCHLER (nota 145), pag. 50 seg.

5.7.1 Osservazioni generali

Nel corso dei decenni, la politica svizzera in materia di adozione è radicalmente cambiata. Se all'epoca dell'emanazione del CC l'adozione era considerata un mezzo per procurare un bambino alle coppie senza figli, l'ampia revisione del diritto in materia di adozione risalente agli inizi degli anni Settanta ha posto il bene del minore in primo piano. L'*adozione semplice* che, fino al 30 marzo 1973, ammetteva determinate relazioni giuridiche tra il minore e i parenti biologici, è stata sostituita, il 1° aprile 1973, dall'*adozione piena*.

In Svizzera, l'adozione è un fenomeno essenzialmente internazionale, visto l'esiguo numero di bambini dati in adozione nel nostro Paese. Nel caso dell'adozione internazionale, il diritto interno del Paese d'origine del bambino determina se l'adozione deve essere pronunciata nel luogo in cui il bambino ha vissuto finora, prima che quest'ultimo possa lasciare il Paese, o se può essere trasportato, in vista della futura adozione, nel Paese di domicilio dei genitori adottivi. Se il bambino proviene da uno degli oltre 90 Stati aderenti alla Convenzione dell'Aia sull'adozione¹⁵⁴, la collaborazione tra le autorità del Paese d'origine e quelle del Paese di provenienza è regolata ed è garantito che l'adozione avviene nel rispetto delle condizioni fondamentali¹⁵⁵, tra cui il consenso dei genitori biologici e l'accertamento preliminare dell'idoneità dei futuri genitori adottivi a prodigare le cure e l'educazione necessarie al bambino.

In Svizzera, il numero di genitori adottivi è in continua diminuzione: se all'inizio degli anni Novanta i bambini adottati in Svizzera erano 400 all'anno, oggi sono poco meno della metà¹⁵⁶. Questa evoluzione è riconducibile da un lato alle condizioni più restrittive poste all'adozione internazionale e, dall'altro, al fatto che svariati Paesi d'origine cercano prima una soluzione di collocamento interna al Paese. I progressi nel campo della medicina della procreazione hanno inoltre permesso a molti genitori che prima avrebbero optato per l'adozione, di avere figli.

5.7.2 L'attuale revisione delle condizioni per l'adozione

Il 28 novembre 2014 il Consiglio federale ha adottato il messaggio concernente la revisione del diritto in materia di adozione¹⁵⁷. Il Parlamento discuterà presumibilmente sul progetto a partire dall'estate 2015. La revisione sarà incentrata sulle *condizioni per l'adozione* e non inciderà né sugli effetti dell'adozione né sulla procedura, visto che il mandato parlamentare non contempla questi due aspetti.

Sulla base di svariati interventi parlamentari, il Consiglio federale ha sottoposto le attuali *condizioni per l'adozione* a un esame critico. Da questo esame è emerso il carattere particolarmente restrittivo della legislazione svizzera nel raffronto internazionale, in particolare per quanto riguarda la durata minima del matrimonio e l'età minima degli aspiranti all'adozione affinché possano accogliere il bambino in vista dell'adozione. Per questi due punti sono proposti degli allentamenti. Per il bene del minore occorrerebbe inoltre estendere *l'adozione del figliastro* ai partner registrati o ai conviventi di fatto. Ciò consentirebbe di eliminare le disparità di trattamento e di riconoscere giuridicamente le relazioni di fatto tra l'adottando e il patrigno o la matrigna. È tuttavia previsto che, per poter adottare, tutte le coppie debbano vivere

¹⁵⁴ Cfr. l'elenco degli Stati contraenti sul sito della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.statusprint&cid=69.

¹⁵⁵ Convenzione dell'Aia del 29 mag. 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale (RS 0.211.221.311).

¹⁵⁶ Mentre nel 1980 sono state pronunciate 1583 adozioni, tale numero è sceso a 808 nel 2000 e a 425 nel 2013. Nel 2013, 192 erano adozioni di figliastri (45 %), 217 adozioni congiunte da parte di una coppia sposata (51 %) e 16 adozioni singole (4 %). È degno di nota anche il mutamento della provenienza geografica degli adottati: mentre nel 1980 proveniva dalla Svizzera il 67 % degli adottati, nel 2013 tale percentuale era solo del 40 %. Nello stesso periodo è aumentata la percentuale delle adozioni di persone provenienti dall'Africa (dall'1 % al 25 %) e dall'Asia (dall'11 % a 13 %).

¹⁵⁷ Messaggio sull'adozione (nota 37).

in comunione domestica da almeno tre anni. Ai fini della parità di trattamento, lo stesso criterio deve valere anche per i coniugi, per i quali non sarà più determinante la durata del matrimonio, bensì quella della comunione domestica. L'adozione congiunta resta per contro una prerogativa delle coppie sposate.

Infine il progetto di revisione prevede di concretare e allentare parzialmente il *segreto dell'adozione*: in futuro i genitori biologici del figlio dato in adozione potranno ottenere informazioni sull'identità del figlio maggiorenne, a condizione che questi vi acconsenta. Il figlio minore avrà per contro il diritto a ottenere informazioni sui genitori biologici, che non consentono tuttavia di risalire alla loro identità.

5.7.3 Altre richieste di revisione

Attualmente, la discussione sulla modernizzazione del diritto sull'adozione si incentra sul consentire o meno anche alle coppie dello stesso sesso di adottare un bambino senza alcuna restrizione. Questo tema è già stato accennato nel capitolo sul rapporto tra l'unione domestica registrata e il matrimonio¹⁵⁸.

L'adozione piena valida in Svizzera comporta spesso dei problemi nel contesto internazionale, visto che svariati ordinamenti giuridici esteri conoscono soltanto l'adozione semplice o ammettono l'adozione piena a titolo aggiuntivo¹⁵⁹. Se l'adozione all'estero è avvenuta secondo la legislazione estera e se si tratta di un'adozione semplice, questa sarà riconosciuta anche in Svizzera soltanto come tale. Se sono rispettate le pertinenti condizioni, l'adozione semplice può essere trasformata in un'adozione piena nel quadro di una procedura di adozione in Svizzera. Questa trasformazione potrebbe tuttavia essere ostacolata dai genitori biologici, i quali avevano acconsentito all'adozione semplice, ma non a una forma di adozione che scioglie del tutto i legami tra loro e il figlio.

Un altro istituto da tempo criticato è l'*adozione del figliastro*¹⁶⁰, cui si rimprovera spesso di non tenere conto del bene del minore. Nel quadro della corrente revisione del diritto in materia di adozione, che, in base al mandato parlamentare, prevedeva in ultima analisi addirittura un'estensione del campo d'applicazione di questa forma d'adozione, il Consiglio federale, ha esposto le sue reticenze, senza tuttavia sottoporre alcune proposte in vista della soppressione dell'adozione del figliastro¹⁶¹. In questo ambito è necessario avviare discussioni approfondite ed effettuare ulteriori studi, prima che il Legislatore possa riprendere le sue riflessioni in merito.

6 Questioni finanziarie

6.1 Osservazioni generali

La responsabilità personale, presuppone che, in linea di principio, ogni persona adulta che ne abbia la capacità provveda da sé al proprio sostentamento. Questo principio vale tuttavia soltanto in misura limitata per le coppie sposate o in unione domestica registrata. Costituendo un'unità economica, una coppia può optare per una ripartizione dei compiti secondo cui il coniuge o il partner registrato riduce in parte o in tutto l'esercizio della sua attività lucrativa per svolgere attività domestiche, per badare, se del caso, ai figli o per svolgere compiti di

¹⁵⁸ Cfr. cap 4.2.3.

¹⁵⁹ Cfr. l'elenco di DAVID URWYLER/SONJA HAUSER, Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3^a ed., art. 78 N 24.

¹⁶⁰ Cfr. le prove nel messaggio sull'adozione (nota 37), pag. 820 segg.

¹⁶¹ Messaggio sull'adozione (nota 37), pag. 821.

altra natura. Per tenere conto di questa ripartizione dei compiti, il Legislatore ha previsto diversi meccanismi di compensazione, segnatamente nell'ambito del regime dei beni e del diritto della previdenza professionale, volti a riequilibrare i *redditi ineguali* risultanti da salari, tassi d'occupazione o redditi da capitale diversi. S'intende così garantire una ripartizione equa dei valori patrimoniali e delle aspettative acquisiti durante il matrimonio o l'unione domestica registrata (precisato che nel caso dell'unione domestica registrata questa ripartizione ha luogo soltanto in parte). Nel primo pilastro i redditi conseguiti durante il matrimonio o l'unione domestica registrata sono suddivisi per legge in parti uguali tra i coniugi o i partner. La ripartizione dei redditi provvede quindi ad assicurare la previdenza di entrambi i partner, a prescindere da eventuali disparità di reddito e dalla ripartizione dei ruoli. La ripartizione dei redditi è effettuata se entrambi i coniugi o i partner hanno diritto a una rendita di vecchiaia o di invalidità, se è sciolto il matrimonio o se un coniuge o un partner muore e l'altro percepisce già una rendita di vecchiaia o di invalidità.

Le coppie con figli ottengono inoltre degli accrediti per compiti educativi che essendo loro attribuiti come reddito fittizio portano a un aumento della rendita conteggiata in base ai contributi effettivi¹⁶².

Nonostante questi meccanismi di compensazione, sussistono notevoli difficoltà pratiche. In caso di separazione, spesso un solo reddito medio da attività lucrativa non basta per finanziare due economie domestiche e per compensare a lungo termine, anche a titolo previdenziale, l'assenza o la riduzione dell'attività lucrativa di una persona in seguito al divorzio o lo scioglimento dell'unione domestica registrata. In seguito all'aumento dell'aspettativa di vita non è raro che oggi ci si sposi o si concludano unioni domestiche registrate più volte di seguito; unioni queste di cui occorre tenere conto. Visto che in determinati casi dopo un divorzio il reddito non basta più a coprire il fabbisogno esistenziale, aumenta il rischio di dover chiedere prestazioni complementari alla rendita di vecchiaia o d'invalidità.

6.1.1 Povertà familiare

Se una famiglia non dispone di mezzi finanziari sufficienti si parla di *povertà familiare*. La lotta contro questa forma di povertà rappresenta un obiettivo importante del Consiglio federale¹⁶³. A tal fine, tuttavia, il diritto civile si presta soltanto in misura estremamente limitata. Si tratta innanzitutto di incentivare l'attività lucrativa del genitore che si occupa dei figli. Un'altra soluzione, già discussa a più riprese, sarebbe l'introduzione del sistema delle prestazioni versate ai genitori in caso di necessità. Spetta ai Cantoni decidere se introdurre questo modello (taluni lo hanno già fatto). A livello federale, il Parlamento ha recentemente affrontato la tematica nell'ambito di svariate iniziative parlamentari che chiedono la creazione di una legge federale sulle prestazioni versate ai genitori in caso di necessità. Le proposte concrete formulate non hanno tuttavia riscosso l'approvazione della maggioranza. Questa tematica sarà illustrata nel dettaglio nel rapporto del Consiglio federale a seguito del postulato 13.3135¹⁶⁴.

¹⁶² Cfr. art. 52e segg. dell'ordinanza del 31 ott. 1947 sull'assicurazione per la vecchiaia e i superstiti (OAVS, RS 831.101).

¹⁶³ Cfr il comunicato stampa e il piano del Programma nazionale di prevenzione e lotta contro la povertà, reperibile sul sito: <http://www.bsv.admin.ch/aktuell/reden/00122/index.html?lang=it&msg-id=48838>.

¹⁶⁴ Postulato 13.3135 («Politica familiare», Tornare).

6.2 Il contributo di mantenimento dopo il divorzio

Il contributo di mantenimento dopo il divorzio è versato per risarcire i danni causati dal divorzio, per solidarietà post-matrimoniale e per compensare gli svantaggi dovuti al divorzio. I vantaggi derivanti dal matrimonio danno invece luogo a compensazione soltanto in misura molto limitata.

6.2.1 Il principio del *clean break*

La revisione del diritto del divorzio, entrata in vigore il 1° gennaio 2000, applica il principio del cosiddetto *clean break* in caso di divorzio. Lo scopo è consentire ai coniugi di acquisire al più presto la loro indipendenza finanziaria¹⁶⁵.

6.2.2 Eccezione: il diritto al mantenimento dopo il divorzio o lo scioglimento dell'unione domestica registrata

Se ad esempio in base alla ripartizione dei compiti durante il matrimonio non si può ragionevolmente pretendere da un coniuge di provvedere da sé al proprio debito mantenimento e a una corrispondente previdenza per la vecchiaia, l'altro coniuge gli deve un adeguato contributo di mantenimento. Secondo l'interpretazione più diffusa della *nozione di debito mantenimento*, va tenuto conto del tenore di vita dei coniugi durante il matrimonio. Questa interpretazione è tuttavia un po' riduttiva, poiché di norma è più caro finanziare due economie domestiche anziché una sola e perché la situazione finanziaria deve essere molto prospera per assicurare alla coppia lo standard di vita cui era abituata. In realtà, invece, le due parti – compresi gli eventuali figli – sono generalmente costretti a ridurre il loro tenore di vita.

Secondo l'opinione attuale o secondo il disciplinamento della legge sull'unione domestica registrata, dopo il divorzio o lo scioglimento dell'unione domestica registrata una persona ha diritto al contributo di mantenimento soltanto finché non si può ragionevolmente pretendere che provveda da sé al proprio mantenimento. Il versamento dei contributi di mantenimento avviene in maniera tale da consentire al beneficiario di riorganizzarsi e adeguarsi alla nuova realtà. Come finora, in caso di divorzio è versata una rendita vitalizia se il matrimonio è durato a lungo e se il divorzio avviene in un momento in cui non si può ragionevolmente pretendere dal coniuge di svolgere un lavoro retribuito¹⁶⁶.

6.2.3 Gestione dei casi di ammanco dopo il divorzio

L'eliminazione della discriminazione nei confronti della donna ha costituito un obiettivo fondamentale delle revisioni del diritto di famiglia effettuate nei decenni scorsi. Nonostante oggi le disposizioni del Codice civile rispondano alle esigenze costituzionali in materia di parità di diritti, in molte famiglie è ancora spesso la donna che si ritrova svantaggiata dopo il divorzio. Si tratta in particolare dei cosiddetti *casi di ammanco* in cui dopo la separazione o il divorzio il debitore dei contributi di mantenimento – perlopiù l'uomo – non riesce a soddisfare i suoi obblighi nei confronti del creditore (perlopiù la donna con i figli). Secondo il diritto vigente, l'ammanco è esclusivamente a carico del creditore: il giudice stabilisce l'importo degli alimenti dovuti in modo tale da assicurare il minimo vitale del debitore. Il creditore, si vede costretto a far appello all'assistenza sociale per compensare l'importo mancante, il che comporta diversi

¹⁶⁵ Cfr. CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Quelques réflexions sur la conception de l'entretien en droit de la famille, Fampra.ch 2014, pag. 866 segg., pag. 870 seg.

¹⁶⁶ Cfr. AEBI-MÜLLER (nota 104), pag. 832.

svantaggi¹⁶⁷. Per questo motivo, la dottrina chiede già da tempo l'introduzione della cosiddetta *ripartizione dell'ammanco*. Recentemente anche il Tribunale federale ha sollecitato il Legislatore a intervenire ed eliminare la discriminazione¹⁶⁸.

Nel messaggio concernente la revisione del diritto in materia di mantenimento dei figli, il Consiglio federale ha spiegato perché la soluzione del problema non può venire dal diritto civile. L'emanazione di disposizioni federali che impongono una suddivisione dell'ammanco in parti uguali tra creditore e debitore obbligherebbe il debitore a pagare di più rispetto a quanto chiesto dal diritto vigente, ma non garantirebbe la copertura dell'importo mancante da parte dell'assistenza sociale. Il motivo è riconducibile al cosiddetto *principio dell'economia domestica*, valido nel diritto cantonale in materia di assistenza sociale, secondo cui l'aiuto sociale è calcolato soltanto in base al fabbisogno comprovato dell'economia domestica interessata. I contributi di mantenimento che confluiscono in un'altra economia domestica non sono considerati costi computabili. In virtù della ripartizione delle competenze sancita dalla Costituzione, la Confederazione non può prescrivere ai Cantoni una deroga al principio dell'economia domestica, a meno che non sia creata una nuova disposizione costituzionale. La creazione di una tale disposizione è stata richiesta da una mozione depositata il 27 giugno 2014 dalla Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale¹⁶⁹. Questa mozione è stata approvata dal Consiglio nazionale nella sessione autunnale 2014, ma poi respinta dal Consiglio degli Stati il 2 dicembre 2014¹⁷⁰.

Una soluzione che potrebbe contribuire a migliorare la situazione finanziaria precaria dei figli di famiglie monoparentali sarebbe un coordinamento più efficace del contributo di mantenimento previsto dal diritto di famiglia con il supporto finanziario fornito dall'ente pubblico sotto forma di assistenza sociale o di anticipi degli alimenti¹⁷¹. Questo compito spetta tuttavia ai Cantoni. A livello federale, il progetto di revisione del diritto di mantenimento prevede una serie di misure volte a migliorare la condizione dei figli nei casi di ammanco, tra cui, in particolare, la proposta secondo cui le decisioni o i contratti relativi al contributo di mantenimento per il figlio minorenni debbano indicare non soltanto l'importo stabilito in funzione della capacità contributiva del genitore debitore, ma anche l'importo necessario al debito mantenimento del figlio. Questa precisazione permetterebbe di adeguare più facilmente l'importo del contributo di mantenimento nel caso in cui la situazione patrimoniale del genitore debitore migliorasse considerevolmente. Se la sua situazione migliorasse in maniera straordinaria, il figlio potrebbe inoltre chiedere il versamento dei contributi mancanti al debito mantenimento anche in un secondo tempo.

6.2.4 Valutazione

Oggi molte questioni importanti in materia di diritto di mantenimento non sono disciplinate esplicitamente nella legge, ma si basano sulla giurisprudenza dei tribunali. Questa situazione non muterà nemmeno con l'entrata in vigore della revisione del diritto di mantenimento del figlio. Nonostante il diritto vigente sollevi diversi interrogativi e determinati punti della giurisprudenza vengano criticati severamente, i lavori preparatori della recente revisione del diritto di mantenimento hanno palesato che è pressoché impossibile ridurre la complessità del

¹⁶⁷ Cfr. messaggio sul mantenimento (nota 35), pag. 518.

¹⁶⁸ DTF 135 III 66; cfr. per i dettagli FOUNTOLAKIS (nota 165), pag. 872 segg.

¹⁶⁹ Mozione 14.3662 («Base costituzionale per la ripartizione dell'ammanco tra i genitori nel diritto in materia di mantenimento»); CAG-N).

¹⁷⁰ Boll. Uff. 2014 S 1119 segg.

¹⁷¹ Cfr. anche FOUNTOLAKIS (nota 165), pag. 874; THOMAS GEISER, Familie und Geld – Wie sind die wirtschaftlichen Fragen in einem modernen Familienrecht zu regeln?, Fampra.ch 2014, pag. 884 segg., 899 segg.

diritto di mantenimento e la specificità di ciascun caso a un quadro normativo astratto. Il Consiglio federale è quindi dell'avviso che spetti soprattutto ai tribunali sviluppare il diritto in materia, tenendo conto dell'evoluzione sociale e politica nonché delle nuove conoscenze della dottrina.

6.3 Diritto del figlio al mantenimento

Attualmente le Camere federali deliberano sulla revisione del diritto di mantenimento, grazie alla quale a ciascun figlio sarà riconosciuto un cosiddetto contributo di accudimento.

6.3.1 Osservazioni generali

Entrambi i genitori devono provvedere al mantenimento dei figli, siano essi sposati o meno. Spetta sostanzialmente ai genitori stabilire come intendono suddividersi gli obblighi di cura e di educazione del figlio; se intendono soddisfarli assieme o separatamente, in natura o in denaro.

La revisione del diritto di mantenimento attualmente dibattuta in Parlamento introduce il cosiddetto *contributo di accudimento*. Ciò significa che il genitore che non abita con il figlio deve sostenere finanziariamente l'altro genitore in modo da consentirgli di accudire il figlio. L'istituzione di questo diritto – riconosciuto al figlio stesso e non al genitore che lo accudisce – migliora notevolmente la posizione dei figli di coppie non sposate, poiché il loro diritto al mantenimento viene equiparato a quello dei figli di genitori sposati. Una volta conclusa la revisione del diritto in materia di autorità parentale s'intende così impostare anche il diritto in materia di mantenimento in modo da non discriminare i figli in base allo stato civile dei genitori.

6.3.2 Impostazione del mantenimento del figlio secondo il progetto del Consiglio federale

A prescindere dal destino della coppia, il mantenimento del figlio resta una responsabilità condivisa dei genitori. Il progetto di revisione dà ora la *priorità* all'obbligo di mantenimento del figlio minore sui restanti obblighi afferenti al diritto di famiglia. Assicura inoltre a ogni figlio il diritto a un contributo di mantenimento volto non soltanto a coprire i suoi bisogni di base, ma a consentirgli di beneficiare del tipo di accudimento che più gli conviene, da parte dei genitori stessi o da parte di terzi (p. es. una mamma diurna o un asilo). L'importo del contributo di mantenimento del figlio, terrà conto dei costi che l'accudimento del figlio comporta per il genitore che se ne occupa. Il progetto non prevede criteri fissi per il calcolo del contributo di accudimento, ma lascia ai giudici, come peraltro previsto dal diritto vigente, un ampio potere d'apprezzamento che consente di trovare soluzioni adatte al singolo caso.

L'introduzione del contributo di accudimento è volta soprattutto a migliorare la posizione del minore, i cui genitori non sono (più) sposati, sotto il profilo del diritto in materia di mantenimento. La revisione non deve però penalizzare il coniuge creditore di un contributo di mantenimento dopo il divorzio. Bisogna piuttosto assicurare che la somma del contributo di accudimento e del contributo di mantenimento dopo il divorzio corrisponda all'attuale contributo di mantenimento dopo il divorzio.

S'intende inoltre rafforzare la posizione del figlio nella procedura giudiziaria. Il giudice può ingiungere ai genitori di tentare una mediazione gratuita e disporre una rappresentanza per il

figlio. Il progetto prevede inoltre di far decorrere la prescrizione dei crediti dei figli contro i genitori solamente *a partire dalla maggiore età* del figlio¹⁷².

Infine il progetto migliora la situazione armonizzando l'aiuto all'incasso su scala nazionale. Secondo il rapporto del Consiglio federale del 4 maggio 2011 «Armonizzazione dell'anticipo e dell'incasso degli alimenti» le prestazioni di aiuto all'incasso variano molto da Cantone a Cantone¹⁷³. In via d'ordinanza il Consiglio federale introdurrà un catalogo delle prestazioni obbligatorie da fornire.

6.3.3 Il contributo minimo di mantenimento del figlio

Una richiesta a volte sollevata nel dibattito pubblico è quella di riconoscere per legge a tutti i figli il diritto a un importo minimo, un cosiddetto mantenimento minimo, come già previsto in altri Paesi. Questo contributo andrebbe a carico dei genitori e – nei casi di ammanco – dello Stato. Va tuttavia notato che il mantenimento minimo versato in determinati Paesi è estremamente esiguo e non assicura i mezzi finanziari per il sostentamento di un figlio¹⁷⁴. In Svizzera è invece proposto un contributo minimo di mantenimento pari al massimo della rendita semplice per orfani dell'AI o dell'AVS, attualmente pari a 940 franchi.

Come per la ripartizione dell'ammanco, ci si deve chiedere se la Confederazione ha la facoltà di prescrivere un simile mantenimento minimo. Anche volendo limitare i suoi effetti al diritto civile, l'introduzione di un simile contributo equivarrebbe a imporre, almeno in parte, la ripartizione dell'ammanco, visto che obbligherebbe il debitore a versare prestazioni al di là della sua capacità contributiva. Le stesse difficoltà menzionate più sopra resterebbero irrisolte¹⁷⁵. Spesso, tuttavia, i fautori del contributo minimo di mantenimento non sono tanto interessati a creare un obbligo civile, ma a obbligare i Cantoni a versare anticipi degli alimenti più consistenti. Occorre ricordare che l'introduzione di un simile obbligo violerebbe la ripartizione costituzionale delle competenze, poiché il Legislatore – diversamente che per l'incasso degli alimenti – non è competente per il disciplinamento l'anticipo degli alimenti da parte dei Cantoni¹⁷⁶.

6.3.4 Lotta alla povertà infantile

L'aumento del numero di divorzi va di pari passo con l'aumento del numero di bambini interessati dalla separazione dei loro genitori. In quasi un caso su tre, il divorzio implica il ricorso all'assistenza sociale da parte del genitore che si occupa da solo dei figli, poiché il reddito non basta a finanziare due economie domestiche.

Spesso non vale la pena che i membri di una coppia esercitino entrambi un'attività lucrativa, visto che la maggior parte del reddito supplementare viene consumato dalle spese di accudimento e da un onere fiscale più elevato. Tenuto conto delle aliquote d'imposta attuali, l'onere per le coppie non sposate è minore. Per contro, le famiglie monoparentali sono costrette a

¹⁷² In generale, i crediti sottostanno a prescrizione dal momento in cui diventano esigibili. Se il termine di prescrizione non è interrotto, alla scadenza di tale termine il credito non è più esigibile. La disposizione speciale proposta tiene conto della dimensione personale del rapporto tra figli e genitori, che rende il diritto di far valere il credito particolarmente delicato.

¹⁷³ Il rapporto è reperibile sul sito: **Error! Hyperlink reference not valid.** familiari>Politica familiare: altri temi>Aiuto all'incasso e anticipo degli alimenti.

¹⁷⁴ Cfr. lo studio del 28 gen. 2014 del Centro svizzero di competenza per i diritti umani « La réglementation en matière d'entretien dans les cas de déficit après divorce ou séparation – Evaluation du point de vue des droits humains de l'obligation unilatérale de supporter le déficit », pag. 27 segg. (non disponibile in italiano).

¹⁷⁵ Cfr. cap. 6.2.3.

¹⁷⁶ Cfr. anche GEISER (nota 171), pag. 903.

esercitare un'attività lucrativa, poiché i soli contributi di mantenimento non bastano a garantirne il sostentamento¹⁷⁷. Per promuovere la conciliabilità tra famiglia e lavoro e per lottare indirettamente contro la povertà familiare, la Confederazione incoraggia, mediante un finanziamento incentivante, la predisposizione nei Cantoni di strutture di custodia per l'infanzia complementari agli asili, alle scuole diurne e alle istituzioni parascolastiche. Nel settembre 2014 il Parlamento ha deciso di prorogare di altri quattro anni (fino al 31 gennaio 2019) il programma d'incentivazione della Confederazione che si concluderà alla fine del 2015.

6.3.5 Valutazione

Il problema centrale in relazione al diritto del mantenimento è che in molti casi le famiglie non hanno mezzi finanziari sufficienti per soddisfare i bisogni di tutti i loro membri. Il riassetto del diritto in materia di mantenimento non porta a un aumento, ma a una ripartizione di questi mezzi. Per risolvere il problema alla radice occorre quindi aumentare i mezzi a disposizione. Questo obiettivo può essere raggiunto almeno in parte con un aumento dell'attività lucrativa delle persone interessate. Come alternativa è al vaglio un'iniezione supplementare di mezzi statali¹⁷⁸.

L'opportunità d'introdurre un assegno per i figli supplementare, è discusso nel quadro del postulato 13.3135¹⁷⁹.

6.4 I regimi matrimoniali

Alcuni propongono di sostituire il regime della partecipazione agli acquisti con il regime della comunione dei beni, l'unico che consentirebbe di assimilare il lavoro domestico non remunerato all'esercizio di un'attività lucrativa. La partecipazione agli acquisti sarebbe inoltre molto difficile da applicare, soprattutto in presenza di immobili. Il Consiglio federale ritiene che attualmente non sia necessario procedere a un simile cambiamento.

6.4.1 Il regime matrimoniale legale

Il principio secondo cui i beni acquisiti durante il matrimonio vanno suddivisi in parti uguali dopo il divorzio, corrisponde a un sentimento di giustizia ampiamente condiviso. Si rimprovera per contro al regime della partecipazione agli acquisti – che prevede due masse patrimoniali separate durante il matrimonio e un meccanismo di compensazione soltanto allo scioglimento dello stesso – di non essere conforme alle esigenze della prassi e di non soddisfare le aspettative dei coniugi. In presenza di immobili, sarebbe praticamente impossibile procedere a una liquidazione equa del regime dei beni¹⁸⁰. Gli si rimprovera inoltre di favorire il marito rispetto alla moglie in un matrimonio con una tradizionale ripartizione dei ruoli fra uomo e donna, durante il quale lo sposo dispone liberamente del denaro proveniente dalla sua attività lucrativa esercitata al di fuori del contesto domestico, mentre la sposa, che si occupa dell'economia domestica, dipende dal contributo del marito. Il regime della comunione

¹⁷⁷ Cfr. l'opuscolo « Pauvreté en Suisse : concepts, résultats et méthodes » dell'Ufficio federale della statistica 2012 (non disponibile in italiano); nonché la « Statistica svizzera dell'aiuto sociale 2010, Risultati selezionati »; cfr. anche Commissione federale di coordinamento per le questioni familiari: riconoscere e promuovere le prestazioni delle famiglie, linee direttive strategiche 2015, agosto 2009.

¹⁷⁸ Cfr. GEISER (nota 171), pag. 903 seg.

¹⁷⁹ Postulato 13.3135 (« Politica familiare », Tornare).

¹⁸⁰ Cfr. perizia SCHWENZER (nota 2), pag. 22.

dei beni invece, secondo il quale il patrimonio acquisito durante il matrimonio appartiene automaticamente a entrambi i coniugi, corrisponde meglio all'idea dell'uguaglianza tra l'attività svolta al di fuori del contesto domestico e quella svolta in casa.

6.4.2 I regimi matrimoniali convenzionali

Come alternativa al regime della partecipazione agli acquisti, il Legislatore mette a disposizione il regime della comunione dei beni e quello della separazione dei beni. Questa possibilità di scelta va mantenuta. Le convenzioni matrimoniali richiederanno l'atto pubblico anche in futuro, per assicurare che i (futuri) coniugi ottengano la consulenza necessaria.

Se i coniugi non sono entrambi domiciliati in Svizzera, si può applicare un regime dei beni straniero¹⁸¹. I coniugi stranieri domiciliati in Svizzera possono inoltre scegliere un regime matrimoniale secondo il diritto del loro Paese d'origine¹⁸². La scelta del diritto applicabile dev'essere pattuita per scritto o risultare univocamente dalla convenzione matrimoniale. I coniugi sono liberi di modificare la loro scelta in ogni momento. Se la convenzione matrimoniale non prevede altrimenti, la nuova scelta vale retroattivamente dal giorno della celebrazione del matrimonio¹⁸³.

6.4.3 Verso un cambiamento di regime matrimoniale legale?

Di norma, durante il matrimonio gli aspetti legati al regime dei beni rivestono generalmente un'importanza secondaria, come dimostrato dalle poche sentenze rese dai giudici in materia. Assumono invece rilevanza quando il matrimonio rischia di fallire oppure il divorzio è imminente o è già stato chiesto. In molti casi, inoltre, la liquidazione del regime dei beni è d'importanza soltanto marginale, poiché i coniugi dispongono soltanto di valori patrimoniali esigui: la maggior parte dei risparmi è legata alla previdenza professionale che non sottostà al regime dei beni, ma alla compensazione della previdenza.

È lecito quindi chiedersi se sia opportuno passare al regime di comunione dei beni: la gestione di questo regime non è semplice da applicare nei rapporti con terzi; un cambiamento comporterebbe notevoli incertezze nei rapporti giuridici. Non appare nemmeno utile passare al regime della separazione dei beni cui sottostanno le unioni domestiche.

Nonostante l'importanza limitata del regime dei beni, le disposizioni relative allo scioglimento del regime dei beni legale non sono irrilevanti. Al regime della partecipazione agli acquisti è rimproverato soprattutto di non essere facile da applicare nella prassi. Va riconosciuto che la gestione di immobili, aziende a conduzione familiare e simili solleva svariati problemi in parte difficili da risolvere. La prassi ha comunque trovato il modo di gestire queste difficoltà.

6.4.4 Valutazione

Nonostante la vigente situazione giuridica abbia dei punti deboli, è possibile trovare una soluzione pratica soddisfacente alla maggior parte dei problemi. È tuttavia incontestato che il coniuge casalingo resta svantaggiato. Tuttavia, il numero di coniugi (spesso le donne) che non svolgono un'attività al di fuori del contesto domestico, è in calo. Per questo motivo il Consiglio federale non ritiene opportuno cambiare il regime matrimoniale legale¹⁸⁴.

¹⁸¹ Cfr. art. 52 segg. LDIP.

¹⁸² Cfr. art. 52 LDIP.

¹⁸³ Cfr. art. 53 LDIP.

¹⁸⁴ Cfr. anche AEBI-MÜLLER (nota 104), pag. 822 e 830 con ulteriori rinvii.

6.5 Il conguaglio della previdenza professionale tra coniugi e partner registrati

Il conguaglio della previdenza professionale rappresenta un correttivo importante in caso di divorzio o di scioglimento dell'unione domestica registrata e assicura una certa tutela soprattutto alla persona che si occupa dell'economia domestica e che quindi non può accumulare alcuna o soltanto un'esigua previdenza per la vecchiaia. Il disegno di legge attualmente dibattuto in Parlamento mantiene il principio della suddivisione in parti uguali, ma prevede per il resto una maggiore flessibilità e propone una soluzione per le vedove divorziate.

6.5.1 Osservazioni generali

Per decenni l'aver di previdenza non è stato oggetto di procedure di divorzio: di norma, le pretese in materia di previdenza di un coniuge non venivano toccate nel quadro della procedura. Se uno dei coniugi percepiva una rendita di vecchiaia o d'invalidità da un istituto di previdenza professionale, questo reddito sostitutivo entrava eventualmente in linea di conto nel calcolo delle prestazioni di mantenimento dovute all'altro coniuge. Il 1° gennaio 1995 è entrata in vigore la legge del 17 dicembre 1993 sul libero passaggio (LFLP)¹⁸⁵ istituendo la possibilità per il giudice del divorzio di saldare le pretese alla previdenza professionale fondate sul diritto del divorzio, senza tuttavia obbligarlo a farlo. Per quanto riguarda i divorzi pronunciati dopo il 1995, spettava alle parti e ai giudici decidere se e come tenere conto delle pretese alla previdenza professionale. L'obbligo di suddividere le pretese alla previdenza professionale è stato introdotto con la revisione del diritto del divorzio, entrata in vigore il 1° gennaio 2000, che sancisce un diritto al conguaglio della previdenza indipendentemente dal contributo di mantenimento e dal regime dei beni. Da allora, la prestazione d'uscita acquisita nel corso del matrimonio viene di norma divisa per metà tra i coniugi. Se questo non è possibile, ad esempio perché si tratta di pretese alla previdenza di un istituto estero o perché è già versata una rendita, è dovuta un'indennità adeguata.

Le disposizioni sul conguaglio della previdenza in caso di divorzio sono applicabili anche in caso di scioglimento giudiziale dell'unione domestica registrata.

Oggi nessuno mette sostanzialmente in discussione né la fondatezza né la necessità di un conguaglio della previdenza professionale secondo il principio della divisione per metà¹⁸⁶. Sembra di fatto essersi imposta l'opinione secondo cui il matrimonio e l'unione domestica registrata sono (anche) unioni economiche in cui occorre conguagliare le diverse capacità contributive e le differenti pretese. Durante il matrimonio o l'unione domestica registrata l'obbligo del conguaglio della previdenza non produce alcun effetto: viene effettuato soltanto in caso di divorzio o scioglimento giudiziale dell'unione domestica.

6.5.2 Spunto per la corrente revisione

Il 1° gennaio 2000 è entrato in vigore l'obbligo legale di conguagliare l'aver previdenziale – sotto forma di pretese o di rendite in corso – tra i coniugi o i partner registrati in caso di divorzio o di scioglimento giudiziale dell'unione domestica registrata. Mentre quest'obbligo è incontestato, è tuttavia delicata e degna di discussione la questione della *scarsa flessibilità nell'ambito del principio della divisione per metà*: i coniugi e i partner registrati non possono

¹⁸⁵ RS 831.42

¹⁸⁶ Cfr. l'osservazione critica nella perizia SCHWENZER (nota 2), pag. 26, secondo cui la soluzione del diritto vigente, ritenuta troppo rigida, non consente di tenere conto delle diverse realtà di vita. L'autore ritiene opportuno procedere a un'armonizzazione con il regime dei beni, al fine di eliminare le disparità di trattamento tra i lavoratori dipendenti assoggettati al regime obbligatorio della LPP e i lavoratori indipendenti, la cui previdenza consiste, se del caso, in risparmi che sono tuttavia assoggettati alla liquidazione del regime dei beni.

sostanzialmente concordare una ripartizione diversa, e il giudice può prevedere deroghe soltanto in casi eccezionali. Secondo il diritto vigente, inoltre, è determinante la data del passaggio in giudicato della sentenza di divorzio o della sentenza di scioglimento giudiziale dell'unione domestica registrata.

Le corrispondenti disposizioni sono state ampiamente criticate sin dalla loro entrata in vigore. Mentre alcuni le ritengono troppo rigide, altri ritengono che i coniugi e i partner senza attività lucrativa continuino a essere sistematicamente svantaggiati. La normativa è pure frequentemente criticata perché è difficilmente applicabile e non tutela sufficientemente la certezza del diritto. In quindici anni di prassi giuridica, molte di queste critiche hanno largamente perso la loro pertinenza; il rimprovero secondo cui il principio della divisione per metà è violato nella maggior parte dei casi è, in ultima istanza, una conseguenza della data di riferimento stabilita dalla legge, vale a dire quella del passaggio in giudicato della sentenza di divorzio o dello scioglimento giudiziale dell'unione domestica registrata. Questa data, rende praticamente impossibile non soltanto un calcolo sicuro, ma anche e soprattutto la conclusione da parte dei coniugi o dei partner registrati di una convenzione di divorzio o di scioglimento giudiziale dell'unione domestica registrata e obbliga le parti a fissare una data anteriore, fittizia, e quindi a violare la legge. Il disciplinamento è inoltre considerato problematico in quanto non ammette la divisione in presenza di un caso di previdenza, costringendo così il coniuge avente diritto alla compensazione ad accontentarsi di un'altra soluzione.

6.5.3 I principi del progetto di revisione

Sono numerosi gli interventi parlamentari depositati che chiedono non soltanto una maggiore flessibilità e prestazioni di compensazione più eque, vale a dire sempre chiaramente divise per metà, ma anche una soluzione alla questione delle vedove divorziate¹⁸⁷: secondo il diritto in vigore, infatti, nel caso di rendite di vecchiaia o di invalidità in corso, il coniuge debitore deve versare soltanto un'indennità adeguata. Se il debitore muore, il creditore percepisce soltanto una rendita minima. Il disegno di legge corregge questo punto e prescrive la divisione dell'avere previdenziale, anziché il versamento dell'indennità adeguata, anche nel caso di rendite di vecchiaia o di invalidità in corso, così da consentire una vera e propria compensazione, indipendentemente dalla durata di vita del debitore. Definisce inoltre anche una nuova data di riferimento per il calcolo del conguaglio: quella del deposito dell'istanza di divorzio. Infine, mitiga le condizioni da adempiere affinché i coniugi, i partner o il giudice possano derogare al principio della divisione per metà. Con il disegno s'intende inoltre migliorare lo stato delle informazioni, obbligando gli istituti previdenziali e di libero passaggio ad annunciare ogni anno all'Ufficio centrale del 2° pilastro i loro effettivi di assicurati. Ciò agevola il compito del giudice del divorzio che, per il conguaglio della previdenza, deve tenere conto di tutti gli averi previdenziali disponibili. Per contro, nonostante i diversi problemi d'ordine pratico, sono mantenute le possibilità di detrarre gli averi previdenziali per la proprietà abitativa adibita a uso proprio.

6.5.4 Divisione delle pretese in materia di previdenza professionale tra i conviventi di fatto?

Nella misura in cui la convivenza di fatto non è giuridicamente equiparata al matrimonio, non vi è motivo di prevedere una divisione delle pretese in materia di previdenza professionale in caso di separazione. Il vigente diritto non ammette il trasferimento volontario di una parte

¹⁸⁷ Mozione 05.3713 («Diritto del divorzio. Revisione delle disposizioni relative alla compensazione della previdenza e alle questioni riguardanti i figli», CAG-N); mozione 08.3821 («Versamento di prestazioni di vecchiaia», Amacker) e mozione 08.3956 («Previdenza professionale. Equa ripartizione della prestazione d'uscita in caso di divorzio», Humbel).

delle pretese in materia di previdenza in caso di separazione¹⁸⁸. A determinate condizioni, il vigente diritto offre agli istituti previdenziali la possibilità di riconoscere al compagno dell'assicurato la qualità di avente diritto. Secondo la legge una simile agevolazione mediante regolamento è ammessa se la coppia ha figli in comune o se la relazione dura da almeno cinque anni e se l'avente diritto non percepisce già una rendita vedovile. Molti istituti previdenziali chiedono che l'assicurato rilasci una corrispondente dichiarazione di volontà. Queste disposizioni sono tuttavia regolarmente oggetto di controversie giudiziarie¹⁸⁹.

Oggi la questione della sorte degli averi previdenziali in caso di decesso di uno dei membri della coppia preoccupa molte persone. L'opinione pubblica non comprende perché questi averi non finiscano nelle mani del membro superstite. Su questo sfondo, ci si chiede se gli istituti della previdenza professionale non debbano trattare i conviventi di fatto alla stregua dei coniugi per la durata della loro convivenza. Si potrebbe valutare anche l'opportunità d'introdurre una *clausola di rigore* da applicare a determinate condizioni in caso di scioglimento della convivenza. Queste condizioni particolari potrebbero comprendere ad esempio una durata minima della relazione di dieci anni e la presenza di figli in comune. Va inoltre esaminata l'introduzione di un diritto a prestazioni per superstiti.

6.5.5 Il prelievo anticipato di fondi previdenziali per la promozione della proprietà d'abitazioni: prospettive

Come già menzionato, in molti casi di divorzio la liquidazione del regime dei beni o non ha luogo del tutto o avviene in misura molto limitata, visto che i coniugi non dispongono di un patrimonio consistente. L'eventuale patrimonio dei coniugi si concentra spesso sull'immobile in cui abitano e il cui finanziamento ha richiesto un prelievo anticipato presso un istituto previdenziale. In molti casi il divorzio porta a una lacuna previdenziale, che diventa ancora più grande se gli averi previdenziali sono trasferiti all'altro coniuge in virtù del conguaglio della previdenza. Questa lacuna è di norma colmata soltanto raramente dopo il divorzio. Se i coniugi divorziati non sono in grado né di mantenere l'immobile in cui hanno abitato fino a quel momento né di riaccumulare l'aver previdenziale impiegato per l'acquisto dell'immobile, il patrimonio previdenziale è stato sottratto al suo scopo: la previdenza per la vecchiaia e l'invalidità.

Il 25 giugno 2014 il Consiglio federale, nel quadro dei lavori relativi a una riforma delle prestazioni complementari, ha tra l'altro deciso di esaminare se vi è un nesso significativo tra il prelievo anticipato di averi previdenziali per la promozione della proprietà d'abitazione e la necessità di concedere prestazioni complementari e se occorre prevedere misure in questo ambito.

7 Diritto successorio

La mozione chiede di modernizzare il diritto successorio, mantenendone la struttura. Il Consiglio federale porrà in consultazione un avamprogetto nella prima metà del 2015.

La mozione Gutzwiller (10.3524) «Per un diritto successorio al passo con i tempi» chiedeva in particolare di adeguare gli articoli 462 (quota ereditaria legale del coniuge superstite), 470 capoverso 1 (limiti della porzione disponibile) e 471 CC (porzione legittima). Chiede di sopprimere la quota legittima dei genitori, di prevedere una ripartizione delle quote più liberale e

¹⁸⁸ Per la previdenza professionale obbligatoria: cfr. art. 39 cpv. 1 LPP, per la previdenza professionale sovraobbligatoria: cfr. art. 331b CO, per il 3° pilastro: cfr. art. 4 cpv. 1 LPP 3.

¹⁸⁹ Cfr. DTF 140 V 57.

di estendere il diritto successorio e quello in materia di legittima ai partner non sposati, finora discriminati. Entrambe le Camere hanno espresso notevole scetticismo riguardo all'ultimo punto¹⁹⁰. Il Consiglio nazionale ha completato il testo della mozione precisando che la convivenza di fatto e il matrimonio non saranno messi su un piede di uguaglianza giuridica. Il Consiglio degli Stati ha infine approvato il testo della mozione così modificato¹⁹¹.

Il Consiglio federale porrà in consultazione un avamprogetto presumibilmente nella prima metà del 2015. Secondo il mandato del Parlamento, il futuro diritto successorio offrirà ai disponenti maggiori possibilità di configurare la propria eredità. Le convivenze di fatto tuttavia non otterranno una posizione ereditaria legale. In questo modo può essere attuata in particolare la richiesta di tenere conto delle convivenze di fatto, senza tuttavia equipararle al matrimonio. Va per contro valutata l'opportunità di introdurre nella legge una clausola per i casi di rigore da applicare a determinate condizioni.

8 Modernizzazione al di fuori del diritto di famiglia materiale

8.1 Le correlazioni tra i diversi ambiti giuridici

La modernizzazione del diritto di famiglia non interessa soltanto le disposizioni materiali di quest'ultimo. Come già menzionato, infatti, il nesso tra il diritto in materia di assicurazioni sociali, il diritto fiscale e le condizioni generali giuridiche alla base della vita familiare è molto stretto. Si pone in particolare la questione delle ripercussioni di tale modernizzazione sul diritto in materia di assicurazioni sociali. Infine, occorre esaminare l'interdipendenza con il diritto fiscale, chiarire questioni procedurali e procedere a eventuali rettifiche strutturali.

8.2 Panoramica delle prestazioni di diritto in materia di assicurazioni sociali

L'erogazione di prestazioni secondo il diritto in materia di assicurazioni sociali poggia sostanzialmente sul diritto civile. Le innovazioni nel diritto di famiglia possono comportare eventuali adeguamenti del diritto in materia di assicurazioni sociali.

È evidente che oggi le unioni e la famiglia non poggiano più soltanto sull'ordinamento di diritto civile, ma in ampia misura anche sul diritto in materia di assicurazioni sociali. Di fatto, il nesso tra la forma familiare e le prestazioni di diritto in materia di assicurazioni sociali è stretto, poiché tutti i sistemi di assicurazione sociale, eccetto quello delle indennità per perdita di guadagno¹⁹², si appoggiano sostanzialmente sullo stato civile. A questo riguardo, l'unione domestica registrata è equiparata al matrimonio¹⁹³. La convivenza di fatto, invece, non ha effetti in questo ambito¹⁹⁴.

A prima vista, il plafonamento delle rendite nell'AVS/AI sembra penalizzare le coppie sposate e i partner registrati rispetto alle coppie non sposate. Ma se si considera l'insieme delle prestazioni delle assicurazioni sociali, si constata che i coniugi e i partner registrati si trovano in una situazione *complessivamente migliore* rispetto ai conviventi di fatto. Le prestazioni per i coniugi e i partner registrati nell'AVS ammontano annualmente a 2,8 miliardi di franchi, men-

¹⁹⁰ Boll. Uff. **2010** S 872; Boll. Uff. **2011** N 108.

¹⁹¹ Boll. Uff. **2011** S 489.

¹⁹² Legge federale del 25 set. 1952 sulle indennità di perdita di guadagno per chi presta servizio e in caso di maternità (LIPG; RS **834.1**).

¹⁹³ Cfr. art. 13a della legge federale del 6 ott. 2000 sulla parte generale del diritto in materia di assicurazioni sociali (LPGA; RS **830.1**).

¹⁹⁴ È fatta eccezione per le prestazioni per superstiti previste dall'art. 20a LPP, cfr. cap. 6.5.4.

tre i risparmi imputabili al plafonamento raggiungono circa 2 miliardi di franchi. Complessivamente nell'AVS risulta un bonus per coniugi e partner registrati di 800 milioni di franchi all'anno. Un'equiparazione della convivenza di fatto al matrimonio e all'unione domestica registrata potrebbe quindi, a seconda del caso, avere ripercussioni pesanti sull'AVS (costi supplementari).¹⁹⁵

Finora, il Parlamento e il Consiglio federale hanno ritenuto il sistema delle assicurazioni sociali, con i suoi vantaggi e svantaggi per l'una o per l'altra forma di vita, equilibrato nel suo complesso¹⁹⁶. D'altro canto, il fatto che le assicurazioni sociali non tengano conto della convivenza di fatto non è più al passo con i tempi, soprattutto se si considera la notevole diffusione di questa forma di vita. L'introduzione di una nuova regolamentazione appare pertanto opportuna.

L'equiparazione di diritto civile della convivenza di fatto al matrimonio implicherebbe ampie riforme in tutti i campi dell'assicurazione sociale (fatta eccezione per la LIPG, impostata indipendentemente dallo stato civile), nell'assistenza sociale e nelle prestazioni versate in caso di necessità, poiché, di norma, le assicurazioni sociali si fondano sullo stato civile. Da una visione d'insieme delle assicurazioni sociali emerge che oggi le coppie non sposate finanziano quelle sposate¹⁹⁷. Le coppie non sposate, ad esempio, non beneficiano di altrettante agevolazioni contributive o di prestazioni per superstiti. Una riforma conferirebbe alle coppie di fatto riconosciute gli stessi diritti in materia di agevolazioni e prestazioni. Le convivenze di fatto non devono tuttavia essere equiparate al matrimonio soltanto sotto il profilo delle prestazioni, ma anche per quel che riguarda i contributi o il finanziamento. L'assimilazione o l'equiparazione al matrimonio non deve tuttavia sfociare in un trattamento di favore dei conviventi di fatto rispetto ai coniugi.

Occorrerà definire chiaramente le condizioni quadro se si decide di riconoscere alla convivenza di fatto effetti in materia di assicurazioni sociali. Come per il matrimonio, alla convivenza di fatto andrebbero riconosciuti effetti giuridici in quest'ambito soltanto per la durata della sua esistenza comprovata da un'iscrizione, su cui devono potersi basare gli organi d'esecuzione delle assicurazioni sociali. Da qui l'importanza di definire chiaramente la convivenza di fatto e di iscrivere il suo inizio e la sua fine in un registro. Non sta, infatti, agli organi d'esecuzione delle assicurazioni sociali intervenire al posto delle istituzioni del diritto di famiglia per chiarire quando e in quali casi è data una convivenza di fatto.

Nell'ipotesi in cui non venisse prescritto l'obbligo d'iscrizione in un registro, l'equiparazione della convivenza di fatto al matrimonio dovrebbe essere limitata a pochi punti, per motivi legati alla certezza del diritto e all'attuazione. Sarebbe ipotizzabile riconoscere la convivenza di fatto nei casi in cui l'esistenza della stessa è comprovabile senza cagionare oneri eccessivi in occasione dell'esame delle condizioni di concessione delle prestazioni. Questo potrebbe ad esempio essere il caso del diritto a una rendita per superstiti in presenza di figli in comune o del computo dei crediti per compiti educativi nel 1° pilastro. Si potrebbe verificare nel 2° pilastro, indipendentemente dall'iscrizione della convivenza di fatto in un registro, se in determinati casi non occorra dare la priorità al membro superstite di una coppia non sposata piuttosto che ai genitori e ai figli adulti dell'assicurato.

¹⁹⁵ Cfr. il messaggio del Consiglio federale del 23. ott. 2013 concernente l'iniziativa popolare «Per il matrimonio e la famiglia – No agli svantaggi per le coppie sposate», FF **2013**, 7301 segg., 7322.

¹⁹⁶ Cfr. il parere del Consiglio federale sul postulato 13.4080 («Parità di trattamento nel diritto fiscale e nel diritto in materia di assicurazioni sociali», Gruppo verde liberale).

¹⁹⁷ Cfr. FF **2013**, 7301, cap. 3.2.2 e 4.2.2.; rapporto dell'UFAS del 10 giu. 2013 «Die Entwicklung des Anteils der öffentlichen Hand an der AHV-Finanzierung seit 1948» (non disponibile in italiano) all'indirizzo della CSSS-S secondo il mandato Reche-steiner Paul del 21 gen. 2013, cap. 7.5; sentenza del Tribunale federale del 6 dic. 2013, n. 9C_38312013 (ancora da pubblicare).

L'iniziativa «Per il matrimonio e la famiglia - No agli svantaggi per le coppie sposate»¹⁹⁸ depositata il 5 novembre 2012 chiede che il matrimonio definito come una «durevole convivenza, disciplinata dalla legge, di un uomo e di una donna» non venga svantaggiato rispetto ad altre forme di vita, segnatamente sotto il profilo fiscale e delle assicurazioni sociali. Le rivendicazioni fiscali dell'iniziativa coincidono con la politica perseguita dal Consiglio federale, che è volta a eliminare la disparità di trattamento tra coppie sposate e conviventi di fatto. Nel campo delle assicurazioni sociali, per contro, i coniugi non si trovano in una situazione svantaggiata rispetto alle coppie non sposate, motivo per cui il Consiglio federale non ritiene necessario legiferare su questo punto.

8.3 Correlazioni con il diritto fiscale

Il trattamento fiscale diverso tra coniugi e partner registrati da un lato e conviventi di fatto dall'altro può influire sulla scelta del modello di vita di una coppia o di una famiglia. Il diritto fiscale – come pure il diritto in materia di assicurazioni sociali – assume pertanto un'importanza fondamentale nell'impostazione del diritto di famiglia.

I coniugi sono tassati congiuntamente¹⁹⁹; la famiglia è considerata una comunione economica e costituisce un'unità quindi anche nell'ottica fiscale. Qualunque sia il regime matrimoniale, i redditi dei coniugi sono cumulati, come pure il reddito dei figli minorenni che non proviene da attività lucrativa.

La LIFD si basa su tre tariffe per l'imposizione delle persone fisiche. Oltre alla tariffa di base, ne prevede una per le persone sposate e una per le persone che vivono con i figli (tariffa per famiglie monoparentali). S'intende così tenere conto della diversa capacità economica di queste tre categorie di contribuenti. Nonostante questo scaglionamento delle tariffe e nonostante ulteriori deduzioni per i coniugi o per i partner registrati accade regolarmente che questi ultimi, a causa del cumulo dei loro redditi, siano *svantaggiati dal punto di vista fiscale* rispetto ai conviventi di fatto²⁰⁰. Già nel 1984 il Tribunale federale aveva stabilito, in una decisione con valore normativo²⁰¹, che il carico fiscale dei coniugi non doveva essere superiore a quello dei concubini. La questione relativa all'imposizione corretta delle coppie sposate continua ad essere controversa; nonostante svariati interventi parlamentari non è ancora stato possibile trovare una soluzione che trovi il consenso della maggioranza²⁰². Di conseguenza, negli ultimi trent'anni non è stato possibile eliminare la violazione costituzionale rilevata dal Tribunale federale.

L'iniziativa popolare depositata il 5 novembre 2012 «Per il matrimonio e la famiglia - No agli svantaggi per le coppie sposate»²⁰³ chiede di non svantaggiare il matrimonio rispetto ad altre forme di vita, segnatamente sotto il profilo fiscale e delle assicurazioni sociali. L'iniziativa vuole introdurre l'imposizione congiunta dei coniugi escludendo quindi l'imposizione individuale²⁰⁴, lasciando tuttavia aperte tutte le altre questioni. Il Consiglio federale ha appoggiato

¹⁹⁸ FF **2013**, 245.

¹⁹⁹ Cfr. art. 9 della legge federale del 14 dic. 1990 sull'imposta federale diretta (LIFD; RS **642.11**).

²⁰⁰ Per quanto riguarda gli oneri fiscali a confronto, cfr. il messaggio del Consiglio federale del 23 ott. 2013 concernente l'iniziativa popolare «Per il matrimonio e la famiglia – No agli svantaggi per le coppie sposate (nota 195), 7306 seg.: per circa 80 000 coppie sposate con doppio reddito è dato come sempre un onere fiscale maggiore.

²⁰¹ DTF **110** Ia 7.

²⁰² Mozione 04.3276 («Passaggio all'imposizione individuale», Gruppo radicale-liberale); mozione 05.3299 («Misure urgenti in vista del passaggio all'imposizione individuale», Gruppo radicale-liberale); mozione 10.4127 («Eliminazione della penalizzazione del matrimonio» Bischof); postulato 11.3545 («Imposizione e rendite indipendenti dallo stato civile», Gruppo BD).

²⁰³ FF **2013**, 245.

²⁰⁴ Cfr. il messaggio del Consiglio federale del 23 ott. 2013 concernente l'iniziativa popolare «Per il matrimonio e la famiglia – No agli svantaggi per le coppie sposate» (nota 9), 7318.

le rivendicazioni fiscali dell'iniziativa popolare, che coincidono con l'obiettivo da esso perseguito, ovvero l'eliminazione della disparità di trattamento tra coppie sposate e conviventi di fatto²⁰⁵.

Se il Popolo e i Cantoni accettano l'iniziativa, il Legislatore dovrà eliminare le discriminazioni esistenti nel diritto fiscale tra i coniugi e le altre forme di famiglia, che includono non soltanto la convivenza di fatto, ma anche le cosiddette famiglie ricomposte. Occorrerebbe esaminare approfonditamente se l'accettazione dell'iniziativa comporta anche l'obbligo di appianare i vantaggi fiscali di cui godono i coniugi rispetto ai conviventi di fatto.

Il testo dell'iniziativa che definisce il matrimonio come «la durevole convivenza, disciplinata dalla legge, di un uomo e di una donna», ha provocato discussioni accese in seno al Parlamento. Questa formulazione non impedisce tuttavia al Legislatore di assimilare l'unione domestica registrata al matrimonio. Il Consiglio federale ha peraltro dichiarato di volersi attenere alla parità di trattamento fiscale del matrimonio e dell'unione domestica registrata anche in caso di accettazione dell'iniziativa popolare.

8.4 Questioni procedurali

Le procedure così come l'organizzazione giudiziaria e amministrativa sono parametri importanti nell'ambito delle questioni del diritto di famiglia che sono controverse o ancora da chiarire. È previsto che i Cantoni sottopongano a valutazione la struttura attuale, per la quale sono peraltro responsabili, in particolare la collaborazione tra le autorità di protezione dei minori e degli adulti e le autorità giudiziarie.

Non vanno sottovalutati gli sviluppi al di fuori del CC, molto importanti per capire il diritto di famiglia. Tra di essi figura il *Codice federale di procedura civile*, che ha permesso di unificare su scala nazionale le regole procedurali applicabili in materia civile e del diritto di famiglia. Tuttavia, considerata la sovranità cantonale in materia di organizzazione giudiziaria e amministrativa, nell'ambito delle procedure del diritto di famiglia sono sì state emanate alcune disposizioni speciali sul divorzio e il diritto della filiazione, ma non ci si è chinati sull'adozione di regole procedurali per quanto possibile efficienti e convincenti. In particolare non è stata tenuta una discussione di principio sulla delimitazione delle competenze tra le nuove autorità professionali di protezione dei minori e degli adulti e le autorità giudiziarie. Ai Cantoni sono state invero impartite prescrizioni sulle esigenze di professionalità da soddisfare²⁰⁶. In considerazione della sovranità cantonale in materia di organizzazione giudiziaria e amministrativa, nel dibattito condotto su scala nazionale, non è però stato discusso se un raggruppamento delle funzioni e dei settori d'attività dell'APMA con quelli dei tribunali di prima istanza nelle questioni inerenti al matrimonio e ai figli potrebbe migliorare e rendere più efficaci le decisioni in materia. Finora l'unico ad aver imboccato una via nuova è il Cantone di Argovia che ha creato dei *tribunali di famiglia*, competenti per tutte le questioni afferenti alla famiglia, compresa la protezione dei minori e degli adulti²⁰⁷. Così è possibile eliminare i doppioni e, di conseguenza, i numerosi conflitti di competenze in materia di protezione dei minori (tribunale civile per le procedure matrimoniali e autorità amministrativa per i casi restanti). Resta da vedere se anche altri Cantoni adotteranno il modello argoviese.

²⁰⁵ Cfr. il messaggio del Consiglio federale del 23 ott. 2013 concernente l'iniziativa popolare «Per il matrimonio e la famiglia – No agli svantaggi per le coppie sposate» (nota 9), 7303.

²⁰⁶ Cfr. art. 440 CC e il messaggio del Consiglio federale del 28 giu. 2006 concernente la modifica del Codice civile svizzero (Protezione degli adulti, diritto delle persone e diritto della filiazione), FF **2006**, 6391 segg., 6410 e 6460 seg.

²⁰⁷ Cfr. CHRISTOPH HÄFELI, Familiengerichte im Kanton Aargau als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Fampra.ch 2012, pag. 1001 segg.

9 Valutazione globale

Il presente rapporto è stato redatto in adempimento del postulato 12.3607 che incarica il Consiglio federale di illustrare in un rapporto «come adeguare le nostre basi legali – anzitutto di diritto civile e in particolare il diritto di famiglia – alle condizioni sociali attuali». Secondo la motivazione del postulato il rapporto deve fornire una visione d'insieme e in seguito illustrare possibili progetti di riforma. Come chiesto da questo mandato, il Consiglio federale rinuncia per il momento ad avviare progetti di revisione concreti come conseguenza diretta del rapporto. Ritiene tuttavia importante che sia avviata una discussione politica sui possibili punti di revisione. Il presente rapporto vuole servire da spunto per questa discussione.

Il Consiglio federale ritiene che, nell'ottica del diritto civile, sia necessario legiferare soprattutto nell'ambito dei punti seguenti:

- l'equiparazione dell'unione domestica registrata al matrimonio o l'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso (cap. 4.2);
- l'introduzione di una clausola di rigore per i casi in cui l'assenza di un disciplinamento legale per i conviventi di fatto appare particolarmente iniqua (cap. 4.4);
- l'esame dell'introduzione di un'unione domestica disciplinata dalla legge, con effetti più limitati rispetto al matrimonio (sul modello del PACS francese; cap. 4.4.7 seg.);

In un secondo tempo occorrerebbe eventualmente discutere i punti seguenti:

- la promozione della coerenza nell'ambito dei trattati internazionali (cap. 3.6.2);
- il miglioramento nel campo del riconoscimento delle forme di unione domestica estere (cap. 4.3.6);
- la semplificazione delle designazioni di stato civile (cap. 4.5);
- il conferimento dell'autorità parentale a terzi (cap. 5.2.3);
- la modernizzazione delle norme sull'istituzione e la contestazione della paternità (cap. 3.4.3, 5.4, e 5.6);
- l'adozione di un disciplinamento chiaro per il riconoscimento dei rapporti di filiazione stabiliti all'estero ricorrendo a una madre sostitutiva (cap. 5.8);
- l'abrogazione del divieto di donare oociti (cap. 5.8);

Citiamo infine alcuni progetti di revisione che si trovano in uno stadio già molto avanzato o che sono già stati adottati e che hanno rappresentato un passo importante verso un diritto di famiglia moderno:

- l'autorità parentale congiunta, entrata in vigore il 1° luglio 2014 (cap. 5.2.1);
- l'adozione del progetto sul mantenimento dei figli (cap. 6.3.2);
- il nuovo diritto del cognome, entrato in vigore il 1° gennaio 2013 (cap. 4.6.1);
- l'adozione del progetto sull'adozione (cap. 5.9.2).