



RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

I - 2023

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO
HELBIG LICHTENHAHN

ESTRATTO

RIVISTA TICINESE
DI DIRITTO

I-2023

Alberto F. Forni

La custodia alternata

Direzione e responsabilità editoriale:

Prof. Dr. Marco Borghi
e-mail: marco.borghi@unifr.ch

Redazione della parte fiscale:

Dr. Andrea Pedroli, Presidente della Camera di diritto tributario
e-mail: andrea.pedroli@ti.ch

incaricati dal Consiglio di Stato

Edita da: Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e
Helbing Lichtenhahn, Basilea (www.helbing.ch)

Distribuzione: – Servizi giuridici del Consiglio di Stato,
6501 Bellinzona (e-mail: legislazione@ti.ch)
– Schweizer Buchzentrum, Industriestrasse Ost, 4614 Hägendorf

Coordinamento e allestimento: Gibi Borghi
e-mail: borghi.gibi@bluewin.ch

Stampa: Salvioni arti grafiche, 6500 Bellinzona
e-mail: info@salvioni.ch

Copertina: riproduzione da Cornelia Forster

ISSN 1661-0954 – ISBN 978-3-7190-4746-7 (Helbing Lichtenhahn)
ISBN 978-88-6303-059-4 (Repubblica e Cantone Ticino)

La custodia alternata

*Alberto F. Forni**

1. Introduzione
2. Autorità parentale e custodia
3. Criteri per instaurare la custodia alternata
4. Contributi alimentari in caso di custodia alternata
5. Altri temi connessi alla custodia alternata
 - 5.1. Domicilio dei figli
 - 5.2. Implicazioni fiscali
 - 5.3. Effetto sospensivo delle decisioni giudiziarie
6. Conclusioni

1. Introduzione

Il concetto di custodia alternata è relativamente nuovo. Prima ancora che fosse codificata espressamente¹, la giurisprudenza considerava la possibilità di instaurare la custodia alternata tra genitori separati o divorziati solo nel caso in cui vi fosse una richiesta congiunta. È unicamente con il 1° gennaio 2017 che la nozione di custodia alternata è stata introdotta esplicitamente nel Codice Civile Svizzero e da questo momento per prevederla il consenso di entrambi i genitori non è più necessario², potendo essere predisposta anche contro la volontà di un genitore³. La custodia alternata non è tuttavia divenuta la regola e tanto meno è possibile prevederla se l'interesse del minore non risulta essere tutelato⁴.

* Avvocato, fondatore ed editore del sito internet www.divorzio.ch.

¹ Art. 298, cpv. 2^{ter} CC e art. 298b cpv. 3^{ter} CC.

² Messaggio concernente una modifica del Codice civile svizzero (Mantenimento del figlio) del 29 novembre 2013, 1.6.2, pag. 524.

³ DTF 142 III 612, consid. 4.2, DTF 142 III 617, consid. 3.2.3.

⁴ Messaggio, 1.6.2, pag. 524; DTF 142 III 612 e DTF 142 III 617.

2. Autorità parentale e custodia

L'autorità parentale va distinta dalla custodia.

L'autorità parentale è il diritto-dovere dei genitori di prendere le decisioni importanti relative alla persona e alla sostanza del figlio⁵, mentre *la custodia* si riferisce al tempo che il figlio trascorre presso l'uno o l'altro genitore⁶.

La revisione del Codice Civile relativa all'autorità parentale entrata in vigore il 1° luglio 2014 ha previsto che l'autorità parentale congiunta sia la regola, indipendentemente dallo stato civile dei genitori.

Un componente integrante dell'autorità parentale (art. 301a cpv. 1 CC) è il diritto di custodia. Nella nuova legge del 1° gennaio 2017, il concetto di «diritto di custodia» (Obhutsrecht, droit de garde) – precedentemente definito come la competenza a determinare il luogo di residenza e le modalità di ricovero («encadrement») del bambino⁷ – è stato sostituito con il «il diritto di determinare il luogo di dimora del figlio» (Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant).

Il termine generico di «custodia» (Obhut, garde) è ora limitato alla sola dimensione di *custodia di fatto* (faktische Obhut, garde de fait), che si traduce nella gestione quotidiana del minore e nell'esercizio dei diritti e dei doveri relativi alla cura e all'educazione corrente⁸.

Solo i genitori che hanno congiuntamente l'autorità parentale possono anche esercitare la custodia alternata, ma non è automatico che il figlio viva con ciascuno dei due genitori in forma alternata⁹.

⁵ Art. 301-306 CC.

⁶ Messaggio, 1.6.2, pag. 522.

⁷ DTF 128 III 9.

⁸ DTF 142 III 612, consid. 4.1 e dottrina citata.

⁹ DTF 142 III 617 consid. 3.2.3; 142 III 612 consid. 4.2; sentenza TF 5A_740/2020 del 19 maggio 2021, consid. 3.1.

In caso di *custodia alternata* i genitori si alternano nella custodia del figlio per periodi più o meno uguali¹⁰, da fissarsi eventualmente in giorni, settimane o anche mesi¹¹. Quando si fa riferimento ad una custodia alternata non si deve ritenere che vi sia una suddivisione del tempo paritaria della presa a carico del figlio, ma si può essere in presenza anche di una ripartizione del tempo asimmetrica¹².

Secondo la dottrina per poter parlare di una custodia alternata, il tempo globale della presa a carico dovrebbe essere almeno di 1/3¹³, ma in realtà il tempo potrebbe essere anche meno¹⁴. Da notare che recentemente il Tribunale federale ha negato l'esistenza di una custodia alternata in presenza di una percentuale solo del 20%¹⁵.

Si è per contro in presenza di una *custodia esclusiva* laddove uno dei due genitori abita con il figlio e l'altro lo ospita per qualche fine settimana e trascorre con lui parte delle vacanze¹⁶.

Nel suo Messaggio del 29 novembre 2013, il Consiglio federale ha ritenuto inopportuno imporre la custodia alternata a tutti i genitori che vivono separati. La rigidità di una simile soluzione legislativa è stata considerata in contrasto con l'impostazione liberale del diritto di famiglia svizzero, che non impone alcun modello di vita specifico e lascia liberi i genitori di decidere autonomamente come ripartirsi i compiti¹⁷.

¹⁰ Sentenza TF 5A_557/2020 del 2 febbraio 2021, consid. 3.1; sentenza TF 5A_991/2019 del 19 gennaio 2021, consid. 5.1.1.; sentenza TF 5A_46/2015 del 26 maggio 2015, consid. 4.4.3.

¹¹ Messaggio, 1.6.2, pag. 522; cfr. tra le altre, sentenza TF 5A_805/2019 del 27 marzo 2020, consid. 4.1 e riferimenti.

¹² Rapporto del Consiglio federale dell'8 dicembre 2017, 1.1, pag. 26, n. 9.

¹³ MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 6^a ed., n. 1158 segg., pag. 768. V. anche sentenza TF 5A_722/2020 del 13 luglio 2021, consid. 3.4.

¹⁴ Es. del 30%: cfr. Prima Camera Civile del Tribunale d'appello (in seguito I CCA), sentenza inc. 11.2018.30 del 18 gennaio 2019, consid. 3m con rinvio a COTTIER/WIDMER/TORNARE/GIRARDIN, *La garde alternée – Une étude interdisciplinaire sur ses conditions-cadre*, in: *FamPra.ch* 2018, pag. 301, nota 22.

¹⁵ Sentenza TF 5A_534/2021 del 5 settembre 2022, consid. 3.3.2.1.

¹⁶ Messaggio, 2.1.1, pag. 530.

¹⁷ Messaggio, 1.6.2, pag. 523.

A livello internazionale la Risoluzione 2079 del 2 ottobre 2015 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (sull'uguaglianza e la responsabilità genitoriale condivisa¹⁸) indirizza una serie di raccomandazioni agli Stati membri; la raccomandazione no. 5.5 invita gli Stati membri ad introdurre nella propria legislazione il principio della custodia alternata dei figli di genitori separati prevedendo il tempo di residenza in funzione dei bisogni e dell'interesse dei figli.

3. Criteri per instaurare la custodia alternata

Secondo gli art. 298 cpv. 2^{bis} e 2^{ter} CC e gli art. 298b cpv. 3^{bis} e 3^{ter} CC, in vigore dal 1° gennaio 2017, l'Autorità competente (il giudice o l'autorità di protezione dei minori) dal momento che decide la custodia del figlio, le relazioni personali o la partecipazione alla cura, tiene conto del diritto del figlio di intrattenere regolarmente relazioni personali con entrambi i genitori. Durante i dibattiti parlamentari è stato precisato che il termine «regolarmente» va interpretato come «il più frequentemente possibile»¹⁹.

La possibilità concreta di instaurare una custodia alternata e la sua compatibilità con il bene del figlio dipendono dalle circostanze del caso concreto. Al giudice incombe verificare, alla luce dell'organizzazione familiare attuale e previgente, se una custodia alternata possa essere ritenuta effettivamente idonea a preservare il bene del figlio²⁰. L'interesse del minore è il criterio più importante²¹, mentre gli interessi e i desideri dei genitori devono passare in secondo piano²². Secondo il Tribunale federale gli studi di psicologia infantile non sono decisivi per questa decisione, soprattutto perché nella psicologia infantile ci sono opinioni diverse, che si esprimono più o meno assolutamente a favore o contro il modello di cura della custodia alternata²³.

¹⁸ www.europeanrights.eu/public/atti/2079-riso-fr/PDF.pdf.

¹⁹ Rapporto del Consiglio federale dell'8 dicembre 2017, 1.1, pag. 26, n. 8.

²⁰ DTF 142 III 617, consid. 3.2.3 con rinvii; DTF 142 III 612, consid. 4.2 con rinvii.

²¹ DTF 143 III 193, consid. 3; DTF 141 III 328, consid. 5.4.

²² DTF 142 III 617, consid. 3.2.3.

²³ DTF 142 III 617, consid. 3.2.3, DTF 142 III 612, consid. 4.2, ciascuna con riferimenti; cfr. anche più recentemente sentenza TF 5A_367/2020 del 19 ottobre 2020, consid. 3.3.

Sempre secondo la giurisprudenza del Tribunale federale²⁴, fra i criteri da esaminare per l'instaurazione di una custodia alternata sono da citare per entrambi i genitori innanzi tutto:

- *le capacità educative*: la dottrina definisce tale capacità come la volontà di amare il figlio, di rispettarlo, di dargli regole e di orientarlo nel suo percorso, nella sua evoluzione psicologica e sociale. Ciò include la capacità e la disponibilità a essere un punto di riferimento, la capacità di riconoscere le esigenze del figlio e di reagire in modo adeguato, come pure la capacità di trasmettere valori e regole, garantendo stabilità nell'educazione e nelle relazioni²⁵. Chi non possiede siffatte attitudini non può, di principio, invocare altri criteri che presiedono all'attribuzione della custodia e che vanno esaminati solo nella misura in cui la capacità educativa dei genitori risulti equivalente²⁶. I motivi che ostano a tale capacità (debolezza di carattere, malattia, dipendenza) non sono invece di rilievo²⁷,

e

- *l'esistenza di una buona capacità e volontà comunicativa*: i genitori devono essere in grado e disposti a comunicare tra loro su base continuativa per quanto riguarda le questioni relative ai figli e a cooperare per quel che concerne le necessarie disposizioni organizzative. Va precisato che una *mera opposizione di uno dei genitori* alla custodia alternata non permette di ritenere un'incapacità di cooperazione. Tuttavia, *un conflitto marcato e durevole fra i genitori*, avente per tema questioni legate al figlio, anche se da solo non è ancora un motivo per prescindere dalla custodia alternata²⁸, lascia però presagire difficoltà future e avrà in linea di principio per conseguenza che il minore sarà ripetutamente esposto a situazioni conflittuali, ciò che a

²⁴ Per un caso ticinese, cfr. sentenza TF 5A_147/2019 del 25 marzo 2020, consid. 2.1.

²⁵ MEIER/STETTLER, op. cit., pag. 465, n. 1672.

²⁶ RtiD II-2012 pag. 797 consid. 4.

²⁷ MEIER/STETTLER, op. cit., pag. 465, n. 695 e pag. 766. Cfr. anche sentenza I CCA 11.2019.110 del 5 maggio 2020, consid. 4.d).

²⁸ Sentenza TF 5A_312/2019 del 17 ottobre 2019, consid. 2.3.1.

sua volta può apparire contrario al suo bene²⁹. Se il giudice attribuisce un'importanza decisiva al conflitto genitoriale, sarà necessario chiarire in che misura il medesimo tocchi il bene del figlio al punto che la custodia alternata non sia possibile³⁰.

Se il primo criterio sopra citato è basilare per l'instaurazione di una custodia alternata³¹, il secondo è essenziale viste le misure d'organizzazione e lo scambio regolare di informazioni che un tale metodo di custodia richiede³².

Gli altri criteri interdipendenti fra loro sono:

- la *situazione geografica* e la *distanza fra i luoghi di residenza* dei genitori. Tuttavia, una grande distanza tra i domicili dei genitori non osta necessariamente alla custodia alternata, ad esempio quando i minori sono stati da sempre abituati a spostamenti frequenti: l'accento va piuttosto messo in questi casi sulla capacità di comunicazione e collaborazione dei genitori, necessitando una migliore organizzazione³³. La capacità di collaborazione dei genitori sarà più importante quando il figlio è scolarizzato o quando la distanza fra i luoghi di residenza dei genitori esige un'organizzazione più complessa³⁴;
- l'*età del figlio*, la *presenza di fratelli*, la *possibilità dei genitori di occuparsi personalmente del figlio* e la *cerchia sociale*: la stabilità e la possibilità per un genitore di occuparsi personalmente di un figlio hanno un ruolo preminente in caso di lattanti e figli in tenera età, mentre che per un adolescente l'appartenenza ad una cerchia sociale sarà particolarmente importante³⁵. La giurisprudenza ha avuto modo

²⁹ Sentenza TF 5A_345/2020 del 30 aprile 2021, consid. 5.5.1.

³⁰ Sentenza TF 5A_629/2019 del 13 novembre 2020, consid. 8.3.3.

³¹ Una perizia che attesti le capacità educative dei genitori non è un requisito per decidere sull'affidamento dei figli, nemmeno ove un coniuge si opponga alla custodia sollecitata dall'altro (I CCA 11.2019.54 del 17 giugno 2020, consid. 9; analogamente: I CCA 11.2018.30 del 18 gennaio 2019, consid. 3h).

³² DTF 142 III 617, consid. 3.2.3 e consid. 4.3.

³³ Sentenza TF 5A_200/2019 del 29 gennaio 2020 e riferimenti di giurisprudenza.

³⁴ DTF 142 III 617, consid. 3.2.4; DTF 142 III 612, consid. 4.4.

³⁵ DTF 142 III 612, consid. 4.3; DTF 142 III 617, consid. 3.2.3.

di stabilire che non è censurabile né contrario al bene del figlio che nell'ambito di una custodia alternata un genitore faccia capo all'aiuto dei nonni per assicurare la propria partecipazione alla cura del minore³⁶.

- la stabilità che deriva dal mantenimento della *situazione previgente*, nel senso che una custodia alternata potrà essere instaurata più facilmente se già prima della separazione entrambi i genitori si occupavano in alternanza del figlio³⁷. Nella sentenza TF 5A_67/2021 del 31 agosto 2021, consid. 3.4, il Tribunale federale ha indicato che qualora la partecipazione del padre alla cura del figlio (che a quel momento aveva tre anni) non era stata regolata prima della pendenza del procedimento giudiziario e se non c'erano precedentemente nemmeno visite regolari, la relazione tra padre e figlio è da considerarsi in fase di sviluppo ed è nell'interesse del bambino, tenuto conto del criterio della stabilità, non imporre un ritmo di vita completamente nuovo, di conseguenza prevedere una custodia alternata;
- *il desiderio del figlio*, anche qualora non disponga (ancora) della capacità di discernimento necessaria per valutare la portata della questione. Il giudice potrà chiedere aiuto ad uno specialista, richiedere un rapporto di valutazione sociale o una perizia, per interpretare il desiderio del minore e coglierne la genuinità. In materia di diritti genitoriali, il Tribunale federale presume la presenza di questa capacità decisionale intorno ai 12 anni, ma il limite può variare a seconda del minore³⁸. Nel caso di un figlio di età superiore ai 12 anni, non è arbitrario basarsi in modo determinante sulla volontà del medesimo in merito alla questione della regolamentazione della custodia, ritenuto che una decisione diversa dalla volontà del figlio va presa solo se lo richiede l'interesse superiore del medesimo. Il rifiuto di un minore

³⁶ Sentenza TF 5A_888/2016 del 20 aprile 2018, consid. 3.3.3; cfr. anche *www.divorzio.ch*, caso 436.

³⁷ DTF 142 III 617, consid. 3.2.3, DTF 142 III 612, consid. 4.3; ciascuna con i riferimenti; più recentemente sentenza TF 5A_367/2020 del 19 ottobre 2020, consid. 3.4.3.

³⁸ DTF 131 III 334, consid. 5.1.

capace di discernimento deve essere preso in considerazione, in quanto il suo bene è inteso come un diritto della personalità³⁹. Per altro i desideri del bambino devono essere considerati anche laddove non è (ancora) in grado di esprimersi relativamente alla sua custodia⁴⁰. L'opinione del bambino viene stabilita durante il suo ascolto, essendo un diritto del medesimo di essere ascoltato e un obbligo del tribunale di dargli la possibilità di esprimersi. Per costante giurisprudenza il minore deve essere ascoltato personalmente e in modo adeguato dall'autorità di protezione dei minori o dal giudice, o da un terzo incaricato, a meno che la sua età o altri validi motivi lo impediscano⁴¹, a partire dai 6 anni⁴²; anche se in psicologia infantile si ritiene che le attività mentali di logica formale siano possibili solo a partire da un'età che varia tra gli 11 e i 13 anni circa e che la capacità di differenziazione e di astrazione orale si sviluppi più o meno solo a partire da questa età, l'audizione prima di tale età ha come scopo principale quello di consentire al giudice o all'autorità di protezione di formarsi un'opinione personale e di disporre di una fonte di informazioni supplementari. L'audizione non presuppone pertanto che il minore abbia la capacità di discernimento ai sensi dell'art. 16 CC⁴³.

Per l'instaurazione di una custodia alternata, tutti i criteri sopra menzionati sono interdipendenti e la loro rispettiva importanza varia secondo le circostanze del caso. Nel caso di capacità educative e di cura equivalenti fra i genitori dovrà essere privilegiata la «*stabilità delle relazioni*» (evitare cambiamenti inutili). Pure importante è l'attitudine a favorire i contatti fra il figlio e l'altro genitore⁴⁴.

Se la custodia non è assegnata a un solo genitore, ma è prevista una custodia alternata, non si deve più regolamentare la «custodia» ed il «diritto

³⁹ Sentenza TF 5A_459/2015, consid. 6.2.2.

⁴⁰ Sentenza TF 5A_222/2021 del 15 dicembre 2021, consid. 3.1.1.

⁴¹ Art. 314a cpv. 1 CC, art. 298 cpv. 1 CPC.

⁴² DTF 131 III 553, consid. 1.2.3; DTF 133 III 553, consid. 3.

⁴³ DTF 131 III 553.

⁴⁴ Tra le altre, recentemente cfr. CDP 9.2022.76 del 6 settembre 2022, consid. 4.7; MEIER/STETTLER, op. cit., n. 1155 segg., pag. 764.

di visita», bensì devono essere determinati i tempi di accudimento. In questi casi il termine «diritto di visita» non deve più essere usato, ma piuttosto l'espressione «tempi di accudimento»⁴⁵.

Se per contro il giudice giunge alla conclusione che una custodia alternata non è nell'interesse del figlio, deve determinare a quale dei due genitori affidare il minore, tenendo conto in particolare delle loro capacità educative, delle loro possibilità di occuparsene di persona, delle loro capacità di favorire i contatti tra il figlio e l'altro genitore, della stabilità dei rapporti (familiari e logistici) e, a seconda della sua età, del desiderio del figlio⁴⁶.

4. Contributi alimentari in caso di custodia alternata

Dal 1° gennaio 2017 la parte del Codice Civile sui contributi di mantenimento per i figli è stata modificata. Fino a quel momento in quest'ambito la nozione di «debito mantenimento»⁴⁷ era sconosciuta. Tale nozione si riferisce sia al mantenimento in denaro, sia a quello in natura sotto forma di cura del bambino. Per la parte in denaro occorre considerare non solo i bisogni primari, bensì anche quelli specifici propri a ciascun figlio, come ad es. le attività sportive, artistiche o culturali⁴⁸. Oltre ai costi diretti, come il vitto, l'abbigliamento e l'alloggio del bambino, è stato introdotto anche il cosiddetto «contributo di accudimento». I costi di accudimento sono dei costi indiretti derivanti dal fatto che uno dei genitori si prende cura del bambino e non può lavorare durante questo periodo. Il contributo di accudimento del figlio corrisponde all'im-

⁴⁵ DTF 147 III 121, consid. 3.3.2 non pubblicato e che si può dunque evincere dal testo integrale della sentenza TF 5A_139/2020 del 26 novembre 2020; cfr. anche www.diorzio.ch, caso 492. Nella sentenza TF 5A_722/2020 del 13 luglio 2021, consid. 3.4.2, il Tribunale federale ha ribadito che il concetto di custodia alternata non presuppone una custodia strettamente paritaria.

⁴⁶ DTF 142 III 617, consid. 3.2.4; DTF 142 III 612, consid. 4.4.

⁴⁷ Art. 276 cpv. 2 CC: *I genitori provvedono in comune, ciascuno nella misura delle sue forze, al debito mantenimento del figlio e assumono in particolare le spese di cura, di educazione, di formazione e delle misure prese a sua tutela.*

⁴⁸ Messaggio del Consiglio Federale del 29 novembre 2013, FF 2014 489, pag. 531.

porto che manca al genitore per coprire il proprio fabbisogno, se tale ammanco è la conseguenza del fatto che in ragione della cura del figlio, egli non è in grado di mettere a profitto la propria capacità lavorativa⁴⁹. Le conseguenze economiche di questo tempo dedicato alla cura del bambino devono essere sostenute congiuntamente da entrambi i genitori, indipendentemente dal loro stato civile.

Con il comunicato stampa del 9 marzo 2021 il Tribunale federale ha chiarito importanti questioni sul diritto al contributo di mantenimento e ha cambiato in parte la sua prassi precedente, ritenendo in particolare necessario applicare da subito un solo metodo valido per tutta la Svizzera per calcolare tutti i tipi di contributi alimentari per figli o coniugi⁵⁰. Tre sentenze⁵¹ riguardano in particolare il metodo di calcolo degli alimenti nell'ambito del diritto di famiglia (per i figli il contributo di mantenimento in denaro, compreso il contributo di accudimento). Con questo metodo di calcolo uniforme, l'importo di tutti i contributi alimentari va ora calcolato applicando di principio il cosiddetto «*metodo a due fasi con ripartizione delle eccedenze*». In queste sentenze, il Tribunale federale ha anche esposto in dettaglio ulteriori applicazioni del metodo di calcolo, facendo altresì un accenno alle situazioni in cui vi è una custodia alternata⁵². Prescrivendo un metodo uniforme, il Tribunale federale ha concretizzato quanto annunciato in precedenza nel suo comunicato stampa del 28 settembre 2018⁵³ relativamente alla sentenza DTF 144 III 481⁵⁴, resa in relazione alla nuova categoria di mantenimento per i figli denominata «contributo di accudimento» e all'introduzione di un nuovo modello fondato sui livelli scolastici⁵⁵.

⁴⁹ DTF 144 III 377, consid. 7.1.3 (cfr. anche www.divorzio.ch, caso 430); sentenza TF 5A_743/2017 del 22 maggio 2019, consid. 5.2.3.

⁵⁰ www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/it/211.1_03_2021_yyyy_mm_dd_T_i_13_03_55.pdf.

⁵¹ DTF 147 III 265; DTF 147 III 107; DTF 147 III 301.

⁵² DTF 147 III 265, consid. 5.5.

⁵³ www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Medienmitteilungen/fr/5A_384_2018_f.pdf.

⁵⁴ Cfr. anche www.divorzio.ch, caso 439.

⁵⁵ Il genitore che si occupa principalmente del bambino deve, in linea di principio, svolgere un'attività lavorativa al 50% dal momento in cui il figlio più giovane inizia

Nella sentenza DTF 147 III 265, il Tribunale federale accenna ad una serie di questioni come, ad esempio, la custodia alternata con una percentuale di custodia tra i genitori di tipo asimmetrico. Questa sentenza sarà il punto di riferimento principale per alcune riflessioni del presente contributo.

Se il figlio è posto sotto la custodia esclusiva di un genitore, l'altro genitore deve in linea di principio farsi carico della totalità del mantenimento in denaro; in caso di custodia alternata, il mantenimento deve essere sopportato dai genitori *in funzione della loro partecipazione alla cura del figlio ed eventualmente della loro capacità contributiva*⁵⁶. Se il figlio è affidato esclusivamente a uno dei genitori, nel senso che vive a casa di uno e vede l'altro genitore solo durante dei diritti di visita e le vacanze, il genitore che ha l'affidamento del figlio apporta già tutto il suo contributo di mantenimento in natura, provvedendo alla cura e all'educazione del figlio. In questo caso, gli alimenti in denaro dell'altro genitore sono considerati equivalenti al contributo in natura⁵⁷. In linea di principio, il genitore che non ha in affidamento il bambino è responsabile dell'intero costo in denaro, anche se in alcuni casi è necessario apportare dei correttivi a questo principio⁵⁸. Se invece il minore è affidato alternativamente ai genitori, abbiamo tra le altre le seguenti possibili situazioni:

- nel caso in cui le capacità contributive dei genitori sono simili, gli oneri finanziari devono essere sostenuti in modo inversamente proporzionale alle quote di custodia⁵⁹,
- nel caso in cui le quote di custodia sono uguali, in proporzione alla capacità contributiva di ciascun genitore⁶⁰,

la scuola dell'obbligo, all'80% dall'inizio della scuola secondaria e al 100% dall'età di 16 anni.

⁵⁶ DTF 147 III 265, consid. 5.5.

⁵⁷ DTF 135 III 66, consid. 4; DTF 114 II 26, consid. 2; DTF 114 II 26, consid. 5b, espressamente confermato per la formulazione modificata dell'art. 276 cpv. 2 CC nella sentenza TF 5A_727/2018 del 22 agosto 2019, consid. 4.3.2.1.

⁵⁸ DTF 147 III 265, consid. 8.1.

⁵⁹ Sentenza TF 5A_727/2018 del 22 agosto 2019, consid. 4.3; sentenza TF 5A_1032/2019 del 9 giugno 2020, consid. 5.4.1.

⁶⁰ Sentenza TF 5A_743/2017 del 22 maggio 2019, consid. 5.3.2, 5.4.3 e 5.4.4; sentenza TF 5A_727/2018 del 22 agosto 2019, consid. 4.3.2.3.

- se le quote di custodia e la capacità contributiva sono asimmetriche, il riparto del contributo in denaro sarà concretizzato in funzione di un metodo che non corrisponde ad un mero calcolo matematico, ma che terrà in considerazione i principi di cui sopra, secondo l'apprezzamento del giudice (art. 4 CC)⁶¹.

Il fabbisogno in denaro del figlio comprende varie poste; queste, in certi casi, hanno come conseguenza una corrispettiva riduzione del fabbisogno del genitore:

- *il minimo esistenziale*: la Tabella per il calcolo del minimo di esistenza agli effetti del diritto esecutivo⁶² prevede quale importo base mensile la cifra di CHF 400.00 per ogni figlio fino al 10 anni di età e di CHF 600.00 mensili dopo i 10 anni di età. In caso di custodia alternata di principio l'importo rimane uguale⁶³. Per quanto concerne i genitori, in caso di custodia alternata l'importo base mensile – che per il genitore che ha l'affidamento dei figli è di regola di CHF 1350.00 mensili, mentre per l'altro genitore di CHF 1200.00 mensili⁶⁴ – può essere ritenuto per ciascun genitore di CHF 1275.00 mensili⁶⁵; più precisamente in caso di custodia alternata la differenza di CHF 150.00

⁶¹ Sentenza TF 5A_727/2018 del 22 agosto 2019, consid. 5.3.2.2; sentenza TF 5A_1032/2019 del 9 giugno 2020, consid. 5.4.1.

⁶² Art. 93 LEF, estratto dal Foglio ufficiale 68/2009, circolare n. 35/2009 del 20 agosto 2009.

⁶³ Nella sentenza TF 5A_743/2017 del 22 maggio 2019 si precisa che non si giustifica un aumento percentuale forfettario dell'importo di base, anche se alcuni costi risulteranno in doppio, quali gli articoli per l'igiene, ecc. Secondo ANGELO SCHWIZER/HANS-PETER OERI, «Neues» Unterhaltsrecht? in AJP/PJA 2022, pag. 14, il minimo esistenziale LEF non va aumentato, ma andrebbe ripartito a dipendenza della percentuale della custodia.

⁶⁴ Art. 93 LEF, estratto dal Foglio ufficiale 68/2009, circolare n. 35/2009 del 20 agosto 2009. Su riserva dei casi di convivenza, laddove l'importo si riduce alla metà dell'importo base complessivo di CHF 1700.00 mensili, ossia in CHF 850.00 mensili. Va riservato anche il caso in cui uno dei due genitori vive all'estero.

⁶⁵ Art. 93 LEF, estratto dal Foglio ufficiale 68/2009, circolare n. 35/2009 del 20 agosto 2009: CHF (1350.00 + 1200.00) : 2; in questo senso sentenza I CCA 11.2018.30 del 18 gennaio 2019, consid. 4 b).

mensili⁶⁶ va suddivisa in proporzione al tempo che il figlio trascorre con l'uno e con l'altro genitore⁶⁷.

- *costi di abitazione*: in linea generale il Tribunale federale non ha fissato in maniera univoca la parte dei costi abitativi dei genitori da inserire nel fabbisogno dei figli; per altro la prassi dei Cantoni presenta varie soluzioni⁶⁸. Nella sentenza TF 5A_952/2019 del 2 dicembre 2020, consid. 5.3.3.3, è stata considerata una percentuale del 20%; nella sentenza TF 5A_583/2018 del 18 gennaio 2019, consid. 3.2, è stato indirettamente riconosciuto l'importo del 15% per figlio sulla parte del 50% della pigione della madre che viveva in concubinato. Le quote di partecipazione ai costi dell'alloggio del 20% per un figlio, del 30% per due figli e del 40% per tre figli sono considerate adeguate⁶⁹ e sono anche confermate dalla giurisprudenza del Tribunale d'appello di Lugano⁷⁰. In caso di custodia alternata occorre determinare la misura in cui la quota del canone di locazione deve essere presa in considerazione nel fabbisogno di ciascun genitore. Se i figli sono accuditi dai genitori nella stessa misura con una custodia alternata e se si parte dal principio della divisione a metà del fabbisogno in denaro in presenza di una disponibilità dei genitori equivalenten-

⁶⁶ CHF 1350.00 ./ CHF 1200.00.

⁶⁷ WINKLER, in: Kren Kostkiewicz/Vogt, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4^a edizione, n. 27 e 33 ad art. 93 citato in sentenza I CCA 11.2020.165 dell'11 novembre 2021, consid. 8. Cfr. anche rimando nella sentenza TF 5A_115/2022 del 4 settembre 2022, consid. 3.2.6.

⁶⁸ AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, Berechnung des Kindesunterhalts – Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. 5A_311/2019, pag. 260/261, in FamPra 2/2021.

⁶⁹ AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, op. cit., pag. 261. Cfr. anche BASTONS BULETTI, L'entretien après le divorce: méthodes de calcul, montant et durée, SJ 2007 II 84 e segg., in particolare pag. 102. Tra l'altro il Tribunale federale ha ritenuto che una quota del 46% dei costi totali di alloggio della famiglia per due figli fosse troppo alta (sentenza TF 5A_743/2017 del 22 maggio 2019, consid. 5.2.5).

⁷⁰ Sentenza I CCA 11.2020.83 del 19 agosto 2021, consid. 11 b)-d) e sentenza ICCA 11.2020.165 dell'11 novembre 2021, consid. 9b.

te, i costi abitativi dei figli vanno divisi a metà⁷¹ ed una eventuale differenza delle spese locative va compensata⁷²;

- *cassa malati*: l'importo viene evidentemente pagato una sola volta, indipendentemente se si sia in presenza di una custodia esclusiva o alternata. La cifra potrà essere assunta dai genitori in ragione della rispettiva disponibilità economica e se uno solo di essi ha una disponibilità economica si assumerà l'intero costo⁷³;
- *spese telefoniche/di comunicazione*: vale lo stesso discorso della cassa malati;
- *imposte*: una quota parte di imposte del genitore affidatario fa parte del fabbisogno in denaro del figlio⁷⁴. In caso di custodia alternata, si deve tenere conto del fatto che anche una parte delle proprie entrate viene utilizzata per il figlio e non necessariamente solo il contributo di mantenimento ricevuto⁷⁵.

Vari autori hanno cercato di elaborare un modello di calcolo dei contributi alimentari in caso di custodia alternata, considerando delle varianti contemplanti sia la percentuale di custodia, sia la rispettiva disponibilità economica.

⁷¹ AESCHLIMANN/BÄHLER/SCHWEIGHAUSER/STOLL, loc. cit., citati in sentenza I CCA 11.2020.165 dell'11 novembre 2021, consid. 9 b).

⁷² Sentenza TF 5A_38/2019 del 27 settembre 2019 (cfr. anche www.divorzio.ch, caso 481); in questa sentenza il Tribunale federale ha precisato che nel caso concreto relativamente alla partecipazione dei figli all'alloggio dei genitori, la spesa va ripartita a metà tra questi ultimi. Ciascun genitore deve pertanto assumere l'importo di CHF 486.50 mensili (CHF 584.00 mensili quale partecipazione dei figli alla pigione della madre + CHF 389.00 mensili quale partecipazione dei figli alla pigione del padre = CHF 973.00 : 2 = CHF 486.50). Dato che il padre paga già la propria pigione, egli dovrà versare alla madre unicamente la differenza tra tale importo e la parte dovuta dai figli per la partecipazione alle sue spese di alloggio, vale a dire l'importo mensile di CHF (486.50 – 389.00) = CHF 97.50 mensili.

⁷³ ALEXANDRA JUNGO/REGINA E. AEBI-MÜLLER/JONAS SCHWEIGHAUSER, *Der Betreuungsunterhalt – Das Konzept – die Betreuungskosten – die Unterhaltsberechnung*, FamPra.ch 2017 pag. 178 e PATRICK STOUDEMANN, *La répartition des coûts directs de l'enfant en cas de garde exclusive*, Revue de la protection des mineurs et des adultes, pag. 264.

⁷⁴ DTF 147 III 457; cfr. anche www.divorzio.ch, caso 501.

⁷⁵ SCHWIZER/OERI, op. cit., pag. 13.

Idealmente poi il giudice dovrebbe porre a carico di un solo genitore le spese usualmente indivise (come i premi di cassa malati) e attribuirgli le prestazioni usualmente indivise (come gli assegni familiari)⁷⁶.

Se entrambi i genitori hanno la stessa capacità contributiva e se le quote di accudimento sono uguali, la suddivisione del mantenimento in denaro è relativamente semplice. Per gli altri casi, Nicolas von Werdt⁷⁷ ha proposto un metodo di calcolo basato sulla tabella sotto riportata. La medesima fa riferimento ad un calcolo puramente matematico e giunge a quantificare le singole quote di contributo in denaro dei genitori a dipendenza della capacità contributiva e della percentuale di custodia⁷⁸.

Percentuale di capacità contributiva	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	
	90	100	99	97	95	93	90	86	79	69	50	0
	80	100	97	94	90	86	80	73	63	50	31	0
	70	100	95	90	84	78	70	61	50	37	21	0
	60	100	93	86	78	69	60	50	39	27	14	0
	50	100	90	80	70	60	50	40	30	20	10	0
	40	100	86	73	61	50	40	31	22	14	7	0
	30	100	79	63	50	39	30	22	16	10	5	0
	20	100	69	50	37	27	20	14	10	6	3	0
	10	100	50	31	21	14	10	7	5	3	1	0
	0	100	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	0	10	20	30	40	50	60	70	80	90	100	

Percentuale di custodia

Secondo von Werdt, se ad es. una madre si prende cura dell'80% dei figli e ha una capacità contributiva del 30% rispetto al padre, dovrebbe contribuire in denaro al 10% al mantenimento dei figli, mentre il padre dovrebbe corrispondere il 90%.

⁷⁶ Sentenza TF 5A_743/2017 del 22 maggio 2019, consid. 5.4.3.

⁷⁷ NICOLAS VON WERDT, Fragen aus dem familienrechtlichen Unterhaltsrecht, St. Galler Eheerichtstagung del 1° dicembre 2020.

⁷⁸ Cfr. SCHWIZER/OERI, op. cit., pag. 13.

Tale metodologia viene però criticata da vari autori, dato che risulta applicabile solo a determinate situazioni. Ad es. Angelo Schwizer e Hans-Peter Oeri raccomandano l'utilizzo della tabella solo per i casi che si situano nelle caselle centrali⁷⁹, ciò che d'altra parte appare condivisibile dal momento che oltre una custodia dell'80% non si è più in presenza di una custodia alternata⁸⁰.

Recentemente il Tribunale federale ha tuttavia avuto modo di ribadire, in un caso che tratta di una custodia esclusiva e relativo diritto di visita – richiamando una sua precedente giurisprudenza⁸¹ –, che per calcolare il contributo alimentare dei genitori a favore dei figli scolarizzati non è arbitrario fare riferimento alle percentuali di accudimento, oltre che alla capacità contributiva di ciascun genitore. In tale sentenza⁸², la questione giuridica esaminata è se non sia insostenibile, vale a dire arbitrario, ripartire i contributi di mantenimento sulla base di un tasso di accudimento in natura per i figli, quando il genitore non affidatario si occupa dei figli un giorno alla settimana in più rispetto alla prassi. Il Tribunale federale ha invero lasciato il quesito indeciso, ma ha ricordato che parte della dottrina sostiene ciò giustificato quando il genitore non affidatario si prende cura del figlio per un giorno o due mezzette giornate alla settimana, oltre al consueto diritto alle relazioni personali di un fine settimana su due e di tre o quattro settimane di vacanze all'anno⁸³. Concretamente il Tribunale federale ha stabilito che l'accudimento in natura per figli scolarizzati può essere determinato suddividendo la giornata in tre periodi (mattina/inizio-fine scuola/sera) e calcolando sull'arco di 14 giorni il numero di unità di cui ciascun genitore è responsabile su un totale di 42 unità (3 periodi x 14 giorni). Applicato al caso concreto, questo metodo ha portato a ipotizzare che il padre si occupi dei bambini per circa il

⁷⁹ DTF 144 V 299, consid. 5.3; sentenza TF 5A_682/2020 del 21 giugno 2021, consid. 5.

⁸⁰ Sentenza TF 5A_534/2021 del 5 settembre 2022, consid. 3.3.2.1.

⁸¹ Sentenza TF 5A_743/2017 del 22 maggio 2019, consid. 2.2.

⁸² Sentenza TF 5A_117/2021 del 9 marzo 2022.

⁸³ In questo senso: JONAS SCHWEIGHAUSER, in *FamKomm Scheidung*, vol. I, 3^a ed. 2017, n. 51 sull'art. 285 CC; cfr. anche PATRICK STOUDEMANN, *Le nouveau droit de l'entretien en pratique: ce qui change et ce qui reste*, in *RMA* 6/2016 427 segg., pag. 430.

28,5% del tempo (12/42 unità, cioè 6 unità per la cura dal lunedì dalle 18.00 al martedì alle 18.00 ogni settimana [3 unità a settimana x 2 settimane] e 6 unità per la cura dal venerdì dalle 18.00 alla domenica alle 18.00 ogni fine settimana alternato) e la madre per circa il 71,5%. Tenuto conto del fatto che i coniugi hanno una capacità contributiva analoga e visto che il diritto di visita paterno è più esteso rispetto alla prassi (come detto un giorno in più o, per riprendere l'espressione del Tribunale federale, per tre unità in più), con il padre che si occupa dei figli al 30% e la madre al 70%, tali percentuali devono essere considerate nel calcolo del contributo alimentare per i figli, nel senso inverso, vale a dire il padre deve partecipare al 70% del loro mantenimento e la madre al 30%.

A questo punto ci si può domandare se in presenza di capacità contributive analoghe dei genitori questo non sia un criterio applicabile per qualsiasi percentuale di accudimento, dato che anche se si considera un diritto di visita cosiddetto «di prassi», si è sempre in presenza di una seppur minore percentuale di accudimento del genitore non affidatario. Ricordiamo che la giurisprudenza ancora oggi di principio non prende in considerazione i costi dei figli a carico del genitore non affidatario nei week end in cui sono con lui.

5. Altri temi connessi alla custodia alternata

5.1. *Domicilio dei figli*

L'art. 25 cpv. 1 CC prevede che il domicilio del figlio sotto l'autorità parentale è quello dei genitori o, se i genitori non hanno un domicilio comune, quello del genitore che ne ha la custodia; negli altri casi, è determinante il luogo di dimora.

Quando i genitori esercitano la custodia alternata, il domicilio del minore è nel luogo di residenza con cui i suoi legami sono più stretti. Il luogo di residenza non deve necessariamente essere determinato in base al luogo in cui il bambino è maggiormente presente, ma può dipendere da altri criteri, come il luogo di scolarizzazione e di assistenza pre e post-scolastica, o il luogo di accudimento se il bambino non è ancora scolarizzato, la partecipazione alla vita sociale, in particolare la frequentazione di

attività sportive e artistiche, la presenza di altre persone di riferimento, ecc.⁸⁴. Nel valutare questi criteri, il giudice di fatto dispone di un ampio potere discrezionale (art. 4 CC)⁸⁵.

5.2. *Implicazioni fiscali*

La Circolare n. 18 del mese di luglio 2020 della Divisione delle contribuzioni di Bellinzona tratta dell'imposizione della famiglia, facendo riferimento alla Circolare n. 30 dell'Amministrazione Federale delle Contribuzioni (in seguito AFC) del 21 dicembre 2010, 2a ed., applicabile dal periodo fiscale 2014. Conformemente alla Legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni del 14 dicembre 1990⁸⁶, i principi generali contenuti nella circolare federale sono quasi tutti validi anche per l'imposta cantonale. In questo contributo verranno trattate solo le principali implicazioni fiscali in caso di autorità parentale congiunta e di custodia alternata, per cui limitatamente ai figli minorenni.

Il diritto in materia di mantenimento e custodia dei figli deve essere disciplinato in modo da non creare discriminazioni in base allo stato civile dei genitori: a prescindere dal destino della coppia, il mantenimento del figlio resta una responsabilità condivisa dei genitori⁸⁷.

Secondo la Circolare n. 30 dell'AFC, in generale i genitori separati, divorziati o non coniugati, che formano due economie domestiche distinte e hanno un figlio minorenne in comune, con l'autorità parentale congiunta, con o senza custodia alternata, *se sono versati alimenti a favore del figlio*:

- gli alimenti a favore del figlio sono imponibili per il genitore beneficiario;

⁸⁴ AFFOLTER/VOGEL, in Berner Kommentar, 2016, n. 44 ad art. 315-315a ZGB; cfr. anche DTF 144 V 299, consid. 5.3.3 e il riferimento citato; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, op., cit., pag. 718 n. 1093; cfr. anche www.divorzio.ch, caso 523.

⁸⁵ DTF 142 III 617 consid. 3.2.5; DTF 142 III 612 consid. 4.5; sentenza TF 5A_201/2021 del 7 settembre 2021, consid. 4.2 (cfr. anche www.divorzio.ch, caso 523).

⁸⁶ LAID; RS 642.14.

⁸⁷ Circolare n. 18, n. 5.2.1, pag. 9, dove viene fatto riferimento a FF 2014 pag. 489, 490 e 509.

- il genitore che versa gli alimenti può dedurli dal suo reddito;
- il genitore che percepisce gli alimenti può far valere la deduzione per i figli e la deduzione dei premi assicurativi e degli interessi da capitali a risparmio.

Per quanto riguarda le aliquote, il genitore che percepisce gli alimenti viene tassato secondo la tariffa per i genitori, mentre il genitore che versa gli alimenti viene tassato secondo la tariffa di base⁸⁸.

Non è ammesso il cumulo di più deduzioni, ciò che permette di evitare che i genitori divorziati o separati siano avvantaggiati rispetto a quelli coniugati. Questi ultimi, infatti, sottostanno al cumulo dei loro redditi e beneficiano di un'unica deduzione sociale⁸⁹. Lo stesso ragionamento è esteso anche all'applicazione dell'aliquota più favorevole, che non può essere concessa ad entrambi i genitori, se sono tassati separatamente⁹⁰. L'aliquota per coniugi è stata infatti introdotta proprio per attenuare la penalizzazione dei coniugi, dovuta al cumulo dei loro redditi⁹¹.

Se non sono versati alimenti a favore del figlio, l'Autorità di tassazione presume che il figlio si trovi in custodia alternata, cosicché il reddito del figlio, rispettivamente la sostanza, devono essere suddivisi in parti uguali computabili al singolo genitore⁹².

Nella sentenza DTF 141 II 338 il Tribunale federale ha precisato che in presenza di coniugi divorziati che fruiscono dell'autorità parentale congiunta e di una custodia alternata equivalente, se non viene versato alcun contributo di mantenimento e se i genitori hanno convenuto di assumere il mantenimento del figlio in parti uguali, il genitore che contribuisce per l'essenziale al mantenimento del figlio è quello che dispone del reddito più basso; di conseguenza deve essergli concessa la tariffa ridotta per

⁸⁸ Sentenza della Camera di Diritto Tributario del Tribunale d'appello (in seguito CDT) 80.2021.162 del 4 novembre 2021, consid. 3.3; Circolare n. 30, n. 14.5 e allegato 2, pag. 3.

⁸⁹ DTF 133 II 305 consid. 9.2.

⁹⁰ DTF 131 II 553 consid. 3.4.

⁹¹ Sentenza CDT n. 80.2011.1, consid. 3.5.

⁹² Circolare n. 18, punto 4., pag. 5.

l'imposta federale diretta e per le imposte cantonali e comunali sul reddito⁹³.

Il requisito fondamentale per la concessione delle deduzioni sociali consiste nel fatto che i genitori che vogliono avvalersi del diritto alle detrazioni contribuiscano effettivamente alle spese di sostentamento del figlio⁹⁴. In questo caso ogni genitore al beneficio della custodia alternata può richiedere la metà della deduzione⁹⁵. L'entità della custodia alternata non è determinante ai fini della ripartizione per metà della deduzione per i figli⁹⁶, poiché lo statuto creato dall'esistenza di una pensione alimentare risulta prevalente⁹⁷.

5.3. *Effetto sospensivo delle decisioni giudiziarie*

Per le *decisioni di merito*, la legge prevede che a livello cantonale l'appello preclude, limitatamente alle conclusioni, l'efficacia e l'esecutività della decisione impugnata⁹⁸, anche se in certe circostanze eccezionali l'autorità giudiziaria superiore può autorizzare l'esecuzione anticipata della decisione impugnata⁹⁹.

La situazione è diversa nelle situazioni in cui viene resa una *decisione di misure a protezione dell'unione coniugale* o una *decisione cautelare*. Il Tribunale federale si è espresso relativamente ai criteri cui deve attenersi un giudice chiamato a statuire su una richiesta di effetto sospensivo,

⁹³ Diversa è la situazione nel caso di genitori conviventi, laddove al genitore che provvede in modo essenziale al mantenimento del figlio – di regola il genitore che percepisce il reddito più alto – viene accordata l'aliquota per i genitori, mentre l'altro genitore viene tassato secondo la tariffa base (cfr. sentenza CDT 80.2015.267 del 14 dicembre 2020, consid. 1.4.).

⁹⁴ Circolare n. 18, n. 5.2.18, pag. 17.

⁹⁵ Art. 35 cpv. 1 lett. a) LIFD e art. 34 cpv. 1 lett. a) LT.

⁹⁶ Messaggio del 20 maggio 2009 concernente la legge federale sullo sgravio fiscale delle famiglie con figli, in: FF 2009 4025, pag. 4122; v. anche ANDREA PEDROLI, *Novità e tendenze legislative nel campo del diritto tributario*, RtiD II-2009, pag. 564; più recentemente sentenza CDT 80.2021.162 del 4 novembre 2021, consid. 3.5.

⁹⁷ Sentenza TF 2A.683/2006 del 4 settembre 2007, consid. 7.3.

⁹⁸ Art. 315 cpv. 1 CPC.

⁹⁹ Art. 315 cpv. 2 CPC.

contestuale a un appello diretto contro un decreto cautelare (o una decisione a protezione dell'unione coniugale) che verte sull'affidamento dei figli¹⁰⁰. In sintesi, come recentemente ricordato da una decisione presidenziale della I CCA¹⁰¹, si applicano i precetti che seguono:

- *se la decisione appellata conferma il figlio nella custodia del genitore che si è occupato in misura preponderante di lui fino a quel momento*, all'appello presentato dall'altro genitore che rivendica l'affidamento va – in linea di massima – rifiutato l'effetto sospensivo. Il figlio dev'essere lasciato in altri termini al genitore di riferimento¹⁰², anche se costui intende cambiare domicilio con il minore già in pendenza di appello, sempre che egli rimanga entro i confini nazionali. Un'eccezione è data qualora la decisione cautelare impugnata appaia già di primo acchito insostenibile, segnatamente perché la sua esecuzione esporrebbe a pericolo imminente il bene del figlio, ciò che incombe all'appellante rendere verosimile;
- *analogo principio (in senso inverso) vale se la decisione impugnata toglie il figlio dalla custodia del genitore che si è occupato in misura preponderante di lui fino a quel momento*. All'appello del genitore privato della custodia parentale va quindi accordato — di regola — effetto sospensivo. Un'eccezione è data qualora l'appello appaia già di primo acchito irricevibile o manifestamente infondato. Il fatto che la decisione impugnata non appaia insostenibile non basta invece per respingere la richiesta di effetto sospensivo;
- più recentemente il Tribunale federale, chiamato a statuire su una richiesta di effetto sospensivo, ha rammentato che *il giudice tiene conto «in particolare delle probabilità di successo nel merito»*, nel senso

¹⁰⁰ DTF 138 III 566 consid. 4.3.2; cfr. anche www.divorzio.ch, caso 298.

¹⁰¹ Cfr. decisione presidenziale I CCA 11.2022.137 del 4 ottobre 2022, inc. n. 11.2022.137, riassunta in www.divorzio.ch, caso 527.

¹⁰² Da notare che la I CCA ha evidenziato, in un passaggio della propria decisione presidenziale, che il Pretore aveva autorizzato i coniugi a vivere separati e pertanto *la custodia congiunta* era venuta meno dalla loro separazione di fatto, per cui occorreva decidere in merito ad una *custodia esclusiva* (ad un genitore) o una *custodia alternata*.

che l'esito del ricorso deve apparire «del tutto aperto» e non potersi pronosticare. Oltre a ribadire che se la custodia era finora esclusiva il figlio va lasciato al genitore di riferimento, ha ritenuto che il criterio della stabilità si debba applicare anche in caso di custodia alternata, siccome «va tendenzialmente mantenuta la situazione sinora vigente per evitare di pregiudicare la causa»¹⁰³, sicché l'effetto sospensivo a un appello di un genitore privato della custodia alternata va rifiutato o revocato unicamente con grande riserbo e in casi di urgenza;

- *occorre anettere viepiù importanza ai desideri del figlio nella misura in cui questi cresce.* La regola della stabilità si applica quindi, e soprattutto, a figli relativamente piccoli, che dipendono dal genitore al quale essi sono affidati.

6. Conclusioni

Il tema della custodia alternata è oggi molto dibattuto, come lo è stato in passato quello dell'autorità parentale congiunta per i genitori separati (ex conviventi o divorziati) fintanto che la modifica legislativa entrata in vigore il 1° luglio 2014 ne ha stabilito il principio: il tema, in seguito, non è più stato oggetto di importanti discussioni.

L'attribuzione della custodia di fatto ad un genitore piuttosto che ad un altro genitore o ad entrambi (custodia alternata) è tuttavia un tema molto più delicato e una sua introduzione nella legge in modo più perentorio rispetto a quanto prevede esplicitamente il diritto svizzero dal 1° gennaio 2017 può destare perplessità, soprattutto alla luce delle esperienze già fatte in particolare in Belgio ed in Francia, laddove questo principio è stato previsto in modo molto più fermo, con risultati sovente non soddisfacenti.

Nei cambiamenti legislativi nell'ambito del diritto di famiglia la Svizzera ha sempre avuto dei tempi prudenti, laddove ad es. il concetto di colpa è stato tolto dalla legge solo dal 1° gennaio 2000 (ma in modo definitivo) e quello del diritto a continuare ad esercitare l'autorità parentale congiunta

¹⁰³ DTF 144 III 469, con riferimenti.

anche in caso di separazione o divorzio solo dal 1° luglio 2014 (ma con una certa convinzione, appoggiata pienamente dalla giurisprudenza del Tribunale federale che mantiene delle condizioni molto rigide per attribuire oggi l'autorità parentale ad un solo genitore).

Recentemente, con una mozione parlamentare del 26 settembre 2022, è stata avanzata la richiesta di modificare il Codice civile *affinché la prole possa beneficiare, di principio e in modo paritario, della cura e educazione da parte di entrambi i genitori* (la custodia alternata), *così che la prole possa continuare a mantenere paritari tempi di frequentazione con i genitori e con i parenti di ciascun ramo genitoriale (zii, nonni, fratelli, cugini, ecc.)*¹⁰⁴. Che questo tipo di regolamentazione sia sulla carta la soluzione unanimemente più comprensibile e nell'interesse di tutti i membri della famiglia può sembrare di immediata intuizione, ma che la realtà dei conflitti famigliari ne permetta una semplice e diretta attuazione è tutt'altro che scontato. Ciò che va salvaguardato è sempre il bene del bambino, che è superiore a quello degli adulti.

¹⁰⁴ Mozione parlamentare del 26 settembre 2022 depositata da Marco Romano: «Diritto della prole di beneficiare, di regola, della custodia alternata da parte dei propri genitori separati o divorziati» (www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20224000).