

Mantenimento dopo il divorzio

Sostegno ai parenti

Assistenza sociale

Quando il reddito familiare dopo la separazione o il divorzio è insufficiente per due economie domestiche: giurisprudenza e necessità di attuare delle modifiche laddove si riscontrano carenze

Sintesi¹ di un'analisi di sentenze giudiziarie, legislazione e prassi in materia di assistenza sociale redatta per incarico della Commissione federale per le questioni femminili

di ELISABETH FREIVOGEL

Sommario

I. Introduzione

II. Mantenimento dopo il divorzio

1. In generale
2. Giurisprudenza del Tribunale federale sui casi di carenza
 - a) La giurisprudenza
 - b) Valutazione critica
3. Quantificazione dell'ammancio e aumento o nuova determinazione del mantenimento postdivorzio
4. Quantificazione dell'ammancio e diminuzione del mantenimento postdivorzio
5. Costituzione della previdenza dopo il divorzio

III. Sostegno ai parenti

1. In generale e competenze
2. Presupposti dell'obbligo di sostegno ai parenti
3. Entità e rivendicazione del diritto
4. Obbligo di restituzione nei confronti dei parenti
5. Modalità di applicazione nei cantoni

IV. Assistenza sociale

1. Considerazioni generali sul diritto all'assistenza sociale
 - a) Basi, organizzazione e principi fondamentali
 - b) Distinzione fra minimo esistenziale sociale e minimo esistenziale secondo il diritto esecutivo (fabbisogno vitale)
2. Mancata presa in considerazione di obblighi di mantenimento secondo il diritto di famiglia
3. Restituzione dell'aiuto sociale all'ente pubblico

V. Limitazione dell'obbligo di restituzione sancito dal diritto sull'aiuto sociale e dell'obbligo di sostegno ai parenti tramite i diritti fondamentali

1. Pregiudizio dei diritti fondamentali in caso di richiesta di restituzione dell'aiuto sociale
2. Aggiustamento del tiro nel quadro dell'esercizio del potere discrezionale delle autorità
3. Ricorso ai diritti fondamentali da parte degli stessi interessati

VI. Conseguenze

Elenco delle abbreviazioni

I. Introduzione

Le donne divorziate sono vittime della povertà in misura ampiamente sovrapporzionale: soltanto il 5.3% degli uomini divorziati vive al di sotto della soglia di povertà, mentre fra le donne divorziate si registra una quota quasi doppia, ossia il 10.3%.² In caso di separazione o divorzio spesso il reddito familiare non basta per far fronte ai bisogni di due economie domestiche (i cosiddetti casi di carenza). La giurisprudenza accolla l'intero deficit della famiglia in maniera unilaterale alla parte avente diritto al mantenimento. Alla luce della ripartizione dei ruoli in auge nella nostra società si tratta quasi sempre della donna.³ Nel 2001 meno del 30% delle donne divorziate ha percepito una rendita di mantenimento o una indennità di capitale (va tuttavia rilevato che il numero delle persone legittimate al mantenimento è bruscamente sceso negli ultimi 10 anni).⁴ Per di più, di regola, si è trattato di rendite limitate nel tempo (in media il 26% dei casi per meno di 5 anni, il 39% per 5-10 anni e il 24% per oltre 10 anni). Rendite a tempo indefinito sono state corrisposte soltanto nell'11% dei casi.⁵

Ad acuire la condizione di povertà delle donne divorziate si aggiunge il fatto che nel calcolo degli alimenti non vengono interamente sfruttati i limiti fissati dal Tribunale federale: uno studio pubblicato nel 1997 attesta che in quasi il 60% dei casi, in cui le risorse finanziarie della moglie non coprivano il fabbisogno esistenziale del diritto esecutivo accresciuto del 20%, al marito restava comunque un'eccedenza positiva di oltre CHF 500.– al mese.⁶ Le tendenze ostili al contribu-

to di mantenimento si fanno sempre più forti e c'è da temere che la situazione peggiori ulteriormente a danno della donna.⁷ Le donne (con i propri figli) si ritrovano necessariamente a dover dipendere dall'assistenza sociale. Le loro chance di rendersi nuovamente indipendenti dall'aiuto pubblico sono tanto più scarse quanto più elevato è l'importo che manca loro. Le persone che percepiscono aiuti sociali sono tenute al relativo rimborso. Cresce di conseguenza l'indebitamento. Inoltre i congiunti devono attendersi che, a dipendenza del grado di parentela e della loro situazione economica, debbano provvedere a queste donne nel quadro dell'obbligo di diritto civile del sostegno ai parenti.

Nel presente studio si analizza la giurisprudenza del Tribunale federale nei casi di carenza a partire dall'entrata in vigore del nuovo diritto sul divorzio. Si passano in rassegna le decisioni giudiziarie pubblicate a tutti i livelli verificando se si esprimono sulla determinazione del disavanzo, sull'aumento o sulla riduzione dei contributi al mantenimento oppure sulla presa in considerazione e sul calcolo del fabbisogno per la costituzione della previdenza postdivorzio. Inoltre si esaminano le modalità con cui i cantoni disciplinano, nell'ambito della propria legislazione in materia di assistenza sociale, gli obblighi di sostegno dettati dal diritto di famiglia, il rimborso di aiuti sociali e il sostegno ai parenti nonché come gestiscono l'attuazione pratica di questi principi. Lo studio si interroga pure sul genere di correttivi che è opportuno apportare per ridurre i rischi di povertà specifici a cui sono esposte le donne.

II. Mantenimento dopo il divorzio

1. In generale

Tramite le normative legali sul mantenimento si intendono ripartire fra donna e uomo, nel modo più equo possibile, le conseguenze economiche del matrimonio e del divorzio. Il diritto al mantenimento postdivorzio è dato, se non ci si può attendere che un coniuge (sia donna che uomo) possa provvedere autonomamente al proprio mantenimento compresa un'appropriata previdenza di vecchiaia. In questo caso l'altro coniuge è tenuto/o a versargli/le un im-

porto adeguato.⁸ Secondo la revisione del diritto sul divorzio la base del mantenimento postdivorzio è data quale compensazione di pregiudizi sorti a seguito del matrimonio.⁹ Dopo il fallimento di un matrimonio vanno suddivisi in parti uguali fra i due coniugi non solo i vantaggi conseguiti assieme (risparmi ecc.), bensì pure gli svantaggi e gli oneri. Si riscontrano svantaggi riconducibili al matrimonio soprattutto quando, a seguito della ripartizione dei compiti attuata durante il matrimonio, l'autonomia economica e le possibilità di sviluppo finanziario di una delle parti sono state limitate in misura maggiore rispetto all'altro coniuge, ossia quando una parte ha rinunciato alla propria attività professionale lucrativa o l'ha ridotta più del partner per accudire i figli.¹⁰

All'atto di calcolare il mantenimento postdivorzio si tiene conto da un lato del fabbisogno dei beneficiari di alimenti, dall'altro della capacità contributiva di chi è tenuto a versare gli alimenti.¹¹ Spesso il mantenimento non riesce, a causa dell'insufficiente rendimento di chi deve corrisponderlo, a coprire le necessità che la moglie non è in grado di fronteggiare da sola.¹² Sussiste quindi una carenza (i cosiddetti casi di carenza).¹³

2. Giurisprudenza del Tribunale federale sui casi di carenza

a) La giurisprudenza

Prima della revisione del diritto sul divorzio il Tribunale federale aveva a più riprese deciso che la parte tenuta a versare il mantenimento non poteva intaccare il fabbisogno proprio.¹⁴ Questo fabbisogno era stato definito come il minimo esistenziale del diritto esecutivo maggiorato del 20%, più le imposte. A titolo di alimenti ai figli o mantenimento postdivorzio alla moglie poteva quindi essere corrisposto unicamente ciò che rimaneva del reddito del marito dedotto il suo fabbisogno personale come definito sopra. L'intero disavanzo veniva accollato alla persona beneficiaria del mantenimento (di regola la moglie, spesso con i figli). Parte della dottrina sosteneva questa giurisprudenza,¹⁵ ma buona parte della letteratura la respingeva.¹⁶ Vi erano pure massime istanze giudiziarie cantonali che avevano sentenziato contro questa prassi.¹⁷ Nelle consultazioni e nel dibattito parlamentare sulla revisione del diritto sul divorzio fu nuovamente riportata all'ordine del giorno e accolta dal Consiglio nazionale¹⁸ la richie-

sta di ripartire la carenza.¹⁹ Il Consiglio degli Stati bocciò tuttavia questa aggiunta e il Consiglio nazionale cedette.²⁰ Da allora la dottrina si è perlopiù espressa criticamente sulla bocciatura della ripartizione della carenza.²¹ In numerose, non del tutto comprensibili e in parte barcollanti decisioni il Tribunale federale è rimasto fedele, pur con qualche limitazione, alla sua vecchia giurisprudenza. Oggi giorno il fabbisogno vitale viene calcolato in maniera più restrittiva rispetto al passato: l'onere fiscale non viene più preso in considerazione e al minimo esistenziale del diritto esecutivo non viene più aggiunto un generico supplemento del 20%.²²

Recentemente, in una nuova sentenza, il Tribunale federale ha comunque sollevato per la prima volta l'interrogativo se questa giurisprudenza non necessiti di una nuova verifica, tanto più che viene criticata (in parte vivacemente) dalla maggior parte della dottrina e che in particolare viene considerata inconciliabile con il principio della parità giuridica.²³ Finora questo riesame non ha però avuto luogo.²⁴

b) Valutazione critica

Nel 1995 il Tribunale federale si è chinato per la prima volta con maggiore attenzione sul rimprovero che gli veniva mosso, ossia quello di ledere, con la propria giurisprudenza, il principio della parità di trattamento nei casi di carenza.²⁵ Ha ritenuto che il doppio onere dell'assistenza sociale, che si configura quando entrambi i coniugi sono bisognosi di aiuto pubblico, debba essere evitato. Una simile maggiorazione delle spese insorge di fatto nella ripartizione della carenza. Alla luce della gravità dell'intervento una disparità di trattamento in funzione del sesso è tuttavia difficilmente giustificabile con interessi fiscali.

Un ulteriore argomento risiede nel mantenimento della motivazione al lavoro da parte del coniuge debitore degli alimenti. Il Tribunale federale teme che la disponibilità del coniuge debitore a preservare la propria forza e volontà lavorativa possa svanire, se viene intaccato il suo minimo esistenziale. In primo luogo non è chiaro per quale ragione il coniuge tenuto a versare il contributo di mantenimento necessiti di una motivazione maggiore di quella del coniuge bisognoso di assistenza sociale. Anche alle persone che beneficiano di un aiuto sociale si chiede di contribuire (in particolare per quanto attiene all'attività lavorativa remunerata). In caso di trascu-

ratezza incombono decurtazioni dell'assistenza sociale. Inoltre il coniuge beneficiario di alimenti deve molto spesso accudire i figli ed assumersene autonomamente l'intera responsabilità e l'intero carico. Infine: in entrambi i casi il coniuge debitore deve fare i conti con un minimo esistenziale poco attrattivo, sia che possa recuperarlo direttamente dal proprio salario o che per raggiungere questa soglia vitale debba ricorrere all'assistenza sociale. Le due situazioni divergono solo per il fatto che nel secondo caso il ricorso all'autorità – cosa che nessuno, neppure chi gode del beneficio di contributi alimentari, fa volentieri – è inevitabile. Quest'ultimo ha il medesimo diritto di farne, per quanto possibile, a meno.²⁶ Le possibilità del coniuge beneficiario del mantenimento di non dipendere dall'assistenza sociale, rispettivamente di potervi rinunciare, non devono subire ulteriori pregiudizi per il fatto di essere tenuti ad assumersi non soltanto la propria quota di partecipazione al disavanzo, bensì pure quella del coniuge debitore.

Il Tribunale federale non esclude di fatto che la moglie beneficiaria di alimenti possa essere confrontata, in presenza di un miglioramento delle proprie condizioni, a pretese di rimborso, ma lo ritiene sostenibile, in quanto non è data la certezza che si presenti un caso di questo genere. La probabilità che a seguito di un miglioramento della situazione si pretenda una restituzione non è comunque maggiore in caso di suddivisione del deficit, ragion per cui c'è da chiedersi per quale motivo questo rischio non debba riguardare anche l'uomo (il quale è per di più sgravato dall'accudimento dei figli), tanto più che il suo debito individuale nel quadro della condivisione del disavanzo è meno cospicuo.

Inoltre il Tribunale federale argomenta precisando che alla suddivisione della carenza si opporrebbero anche limiti di diritto esecutivo, poiché nell'ambito dell'anticipo degli alimenti l'ente pubblico che versa l'anticipo non potrebbe intaccare, in caso di esecuzione del debitore, il minimo esistenziale. Per l'ente pubblico non insorge tuttavia pressoché alcuna perdita: nella misura in cui gli alimenti anticipati non siano recuperabili, di regola l'ente dovrebbe comunque versare contributi al coniuge avente diritto agli alimenti, non solo a titolo di anticipo, bensì quale prestazione sociale. La differenza sta quindi unicamente nel sapere a chi e quando richiedere il pa-

gamento del debito cioè della restituzione dell'assistenza sociale.

Le riflessioni per il calcolo del contributo di mantenimento convergono ora su altri parametri: in passato, soprattutto nella determinazione degli alimenti per i figli, ci si concentrava maggiormente sulle loro esigenze. Non di rado i contributi al mantenimento dei figli sono stati fissati, in vista di un possibile anticipo degli alimenti, ad importi ancora più elevati, anche quando così facendo si tange il minimo esistenziale del coniuge debitore (tuttavia solo per gli alimenti per i figli, non per gli alimenti per la moglie!). Ora fa stato soltanto la prassi indicata dal Tribunale federale. La tendenza è quella di corrispondere contributi al mantenimento dei figli sempre più bassi. Tuttavia si anticipa al massimo l'importo assegnato in via giudiziale. Gli alimenti per i figli sono, non di rado, inferiori ai limiti fissati dalle normative cantonali sugli anticipi. Ne consegue che in ultima analisi l'intera responsabilità per la prole viene scaricata, sia in via personale che finanziaria, solo sulla madre.

3. Quantificazione dell'ammancio e aumento o nuova determinazione del mantenimento postdivorzio

Dall'entrata in vigore del nuovo diritto sul divorzio è possibile ricalibrare anche a posteriori, entro certi limiti, (ossia entro 5 anni dalla crescita in giudicato del divorzio) il mantenimento postdivorzio oppure aumentare l'importo definito nella sentenza (art. 129 cpv. 3 CC). Ciò si legittima qualora nella sentenza di divorzio sia stata constatata espressamente l'impossibilità di fissare una rendita sufficiente a coprire un debito mantenimento e la situazione economica del coniuge debitore sia nel frattempo migliorata.²⁷ Con la nuova disposizione si vorrebbe attenuare la cattiva e, come tale riconosciuta, situazione delle donne in casi di carenza. Fra le raccolte di atti decisionali non si trova tuttavia alcuna sentenza di tribunale, il che lascia chiaramente supporre che questo strumento non sia un reale aiuto per le donne.

4. Quantificazione dell'ammancio e diminuzione del mantenimento postdivorzio

Fra le raccolte di atti decisionali non risulta alcuna sentenza di divorzio, nella quale il disavanzo sia stato calcolato e numericamente quantificato. Di fronte

alla moltitudine dei casi di carenza, ciò sorprende. D'altro canto non significa che ciò non accada mai. Le sentenze di prima istanza vengono pubblicate raramente e proprio in chiari casi di carenza le parti raramente insorgono contro la sentenza. Una sentenza che non quantifica numericamente l'ammancio o che lo quantifica in maniera non corretta non viene quasi mai impugnata, se le parti fanno, comunque vada, affidamento sull'assistenza sociale; in questo caso le modalità di calcolo sono indifferenti.

Il mantenimento dopo il divorzio può anche essere ridotto (art. 129 cpv. 1 CC). Ciò accade da un lato se, rispetto al momento del divorzio, la situazione economica del coniuge tenuto al versamento degli alimenti è peggiorata²⁸ in maniera rilevante e durevole,²⁹ dall'altro se le condizioni finanziarie dell'avente diritto sono migliorate in modo rilevante e durevole.³⁰ Un miglioramento delle condizioni del coniuge beneficiario può tuttavia portare ad una riduzione o soppressione del contributo di mantenimento, unicamente se la rendita originaria ha di fatto coperto integralmente il debito mantenimento, incluso un importo appropriato per la costituzione di una previdenza postdivorzio. Con questa nuova versione proposta dalla revisione si dovrebbe evitare che le rendite di mantenimento vengano abbassate in maniera avventata e senza tener conto del quadro complessivo. Comunque, anche a questo proposito ci è noto un solo caso pubblicato.³¹

5. Costituzione della previdenza dopo il divorzio³²

In caso di divorzio la previdenza professionale viene suddivisa nel momento stesso del divorzio. In questo modo la previdenza postdivorzio, che però rientra nel concetto di debito mantenimento (art. 125 CC), non né coperta né assicurata. Essa va presa in considerazione all'atto di calcolare il contributo di mantenimento, qualora la costituzione della previdenza postdivorzio della moglie non è, a seguito del matrimonio, debitamente garantita tramite la sua attività professionale retribuita o in altro modo. Le persone divorziate, che devono accudire i figli e dalle quali, proprio per questa ragione, è impensabile attendersi l'esercizio di un'attività lucrativa anche solo parziale, non possono neppure provvedere alla loro previdenza tramite il reddito (o in caso di attività a tempo parziale solo in misura insufficiente).

A questo proposito è interessante sapere se il bisogno del coniuge beneficiario degli alimenti per la costituzione della previdenza postdivorzio venga realmente preso in considerazione (e persino nei casi di carenza!) e come esso venga concretamente stimato e calcolato. Esistono soltanto due decisioni pubblicate che trattano questa tematica. Il Tribunale federale ha confermato che dopo il divorzio la presa in considerazione di un'appropriate previdenza di vecchiaia è parte integrante del debito mantenimento, se le carenze nella previdenza trovano origine nella ripartizione dei compiti convenuta durante il matrimonio.³³ Se il coniuge debitore dispone di risparmi, il tribunale può ordinare una liquidazione ai sensi dell'art. 126 cpv. 2 CC. Il Tribunale cantonale di San Gallo conferma pure il diritto al mantenimento unitamente ad una quota sufficiente ad alimentare ulteriormente la previdenza.³⁴ Dal momento che nel caso concreto le risorse di reddito disponibili bastavano per la copertura del mantenimento in corso ma non per la quota previdenziale, il tribunale ha prolungato la durata ordinaria del mantenimento postdivorzio onde compensare la previdenza mancante. In questo caso il tribunale ha quantificato il deficit previdenziale nei contributi del datore di lavoro e del lavoratore che mancano per giungere all'auspicato volume occupazionale. Le metodologie applicate nei due casi giudiziari (parametri fra loro divergenti e concepiti ad hoc per il caso concreto) per la determinazione del deficit previdenziale postdivorzio da compensare non sono né le uniche possibili né sono statuite nella prassi d'applicazione. Resta ancora da vedere come i tribunali si comporteranno nei confronti di queste due dottrine.³⁵

Pur non avendo attualmente attestabilità statistica,³⁶ un sondaggio informale condotto fra gli avvocati a proposito delle loro esperienze dinanzi ai tribunali di prima istanza lascia purtroppo temere che, di regola, nei casi di carenza la costituzione della previdenza postdivorzio non venga per nulla presa in considerazione nella quantificazione del disavanzo.

III. Sostegno ai parenti

1. In generale e competenze

L'obbligo di prestazione dell'ente pubblico in materia di assistenza sociale si fonda sul diritto pubblico. Ad esso si contrappone l'obbligo di prestazione sancito dal diritto privato di determinati famigliari, il quale mira (in primis) a far fronte al sostentamento di una persona evitandone così lo stato di povertà (art. 328/329 CC). Di regola oggigiorno le persone che si ritrovano nel bisogno fanno appello, fin dall'inizio, all'aiuto sociale pubblico. Se il beneficiario dell'assistenza sociale ha parenti con l'obbligo di sostegno, il diritto della persona bisognosa nei confronti dei propri parenti passa direttamente all'ente pubblico che ha prestatato l'assistenza sociale. Di conseguenza soltanto l'ente pubblico (e non più la persona nel bisogno) è legittimato a far valere la pretesa nei confronti dei parenti.

La competenza spetta al cantone di domicilio della persona sostenuta (art. 25 cpv. 1 LAS). La competenza amministrativa (autorità) è disciplinata nelle leggi sull'aiuto sociale e sull'assistenza. In 20 cantoni sono i comuni ad essere investiti di questa facoltà. Nel Canton Giura l'obbligo di sostegno ai parenti può, su richiesta del comune, essere fatto valere in via giudiziale anche dal cantone.³⁵ Nei Cantoni AI, BL, GE, SO e TI ciò è esclusivo appannaggio del cantone. Infine nel Canton Vaud unicamente il comune o la corporazione comunale può accertare l'esistenza di obblighi di sostegno ai parenti, per contro il cantone ha la facoltà di eventualmente rivendicare in via giudiziale l'obbligo di assistenza ai parenti.

Contrariamente all'assistenza sociale, nel caso di questo obbligo di sostegno ai parenti decretato dal diritto federale le autorità cantonali non sono legittimate a deliberare in merito alla portata e ai limiti di tale obbligo. Per questo sono competenti unicamente i tribunali civili. Ne ha facoltà o il tribunale civile della persona bisognosa di sostegno oppure quello nel domicilio dei parenti convenuti (art. 329 cpv. 3 in unione con art. 329 cpv. 2 CC). In tutti i cantoni è possibile impugnare una sentenza di prima istanza con almeno un rimedio giuridico cantonale. Il Tribunale federale può essere adito tramite ricorso diritto civile, nella misura in cui sia dato il necessario valore litigioso, in caso contrario soltanto con ricorso di diritto pubblico (in caso di violazione dei diritti fondamentali).

2. Presupposti dell'obbligo di sostegno ai parenti

Sono soggetti all'obbligo di prestazione i parenti di sangue o d'adozione in linea ascendente e discendente (cfr. più nel dettaglio cif. 3). Sono tenuti a prestare assistenza soltanto i parenti che vivono in condizioni agiate (art. 328 cpv. 1 CC), ossia «chi è in condizione, senza pregiudicare sostanzialmente il tenore di vita avuto fino a quel momento, di prestare il sostegno richiesto».³⁸ Cosa possa significare concretamente (nessun pregiudizio ad un tenore di vita agiato o considerevolmente più limitante?) è discutibile.³⁹ In ogni caso nella valutazione si tiene conto sia del reddito che del patrimonio – anche nella sua sostanza e non solo in riferimento agli utili. L'esistenza economica dei parenti non deve però essere messa in pericolo.⁴⁰ A livello cantonale ci si basa perlopiù sulle disposizioni della legge federale sulle prestazioni complementari all'AVS⁴¹ oppure sulle direttive COSAS.⁴² A ogni modo la capacità contributiva dei parenti presuppone molto più della semplice copertura del loro fabbisogno esistenziale secondo il diritto esecutivo.⁴³ Tuttavia, la prassi applicata per anni prevedeva un diritto di conservazione intatta del patrimonio soltanto se il sostegno avrebbe minacciato, già nell'immediato futuro, il sostentamento di chi era tenuto al sostegno.⁴⁴ Questa giurisprudenza fu modificata tramite una nuova decisione di fondo del Tribunale federale, la quale sancisce che va garantita proprio la sicurezza economica a lungo termine, nella vecchiaia, della persona tenuta al sostegno.⁴⁵ Il diritto alla formazione di una buona previdenza è prioritario sulla pretesa del sostegno ai parenti.⁴⁶

L'esatta esistenza delle condizioni agiate prescritte a norma di legge è da accertare e definire caso per caso. Partendo dalla poca giurisprudenza pubblicata non è possibile formulare delle direttive finanziarie di generica valenza. Per contro possono essere di aiuto orientativo le direttive COSAS (non vincolanti per i tribunali): esse partono dal presupposto che sussistono «condizioni agiate» a partire all'incirca da un reddito di CHF 100 000.– e/o da una sostanza di oltre CHF 500 000.–. Laddove i cantoni definiscono più precisamente le «condizioni agiate», la loro soglia è generalmente più bassa. Neppure queste direttive o questi ordinamenti cantonali sono imperativi per i tribunali civili.

Dal momento che i parenti acquisiti (imparentati per matrimonio) non possono essere interpellati, sono sostanzialmente solo il reddito e la sostanza della persona tenuta al sostegno, non comunque del suo coniuge, ad essere determinanti. La situazione finanziaria del coniuge può però essere indirettamente presa in considerazione, nell'ambito dell'obbligo coniugale di reciproca assistenza, nella misura in cui il coniuge deve contribuire al mantenimento della famiglia in misura maggiore di quanto succederebbe senza obbligo di sostegno ai parenti. Il rapporto fra i diversi obblighi reciproci è tuttavia controverso.⁴⁷

Il Tribunale federale si è occupato anche di una questione speciale concernente l'esistenza di situazioni di bisogno nelle famiglie monoparentali.⁴⁸ Trattasi dell'esigibilità di un'attività professionale remunerata, se il genitore che cresce da solo la prole e che è a corto di risorse dovesse, senza esercitare un'attività lucrativa, ricorrere al sostegno da parte dei parenti. Il Tribunale federale ha statuito che da una madre nubile non si può esigere, per i primi tempi dopo la nascita del figlio, che svolga una professione retribuita, a meno che non venga garantita una cura individuale dei figli, qualitativamente comparabile a quella che presterebbe la madre, da parte di terzi.⁴⁹ In una decisione non pubblicata il Tribunale federale sancisce più concretamente che non vi è lesione del diritto federale se, 26 mesi dopo la nascita del figlio, si ritiene non più indispensabile l'accudimento personale da parte della madre.⁵⁰ Non è data situazione di bisogno, se la madre è in condizione di far curare i figli tutto il giorno e quindi esercitare un'attività lucrativa a tempo pieno.⁵¹ Il Tribunale federale presuppone pertanto che una madre che alleva da sola i figli non è confrontata ad una situazione di bisogno ai sensi dell'art. 328 CC, se i figli hanno superato l'età dell'allattamento ed esiste in linea di principio la possibilità che vengano accuditi durante l'intera giornata da una persona terza.

3. Entità e rivendicazione del diritto

Alla questione dell'entità della prestazione che la persona nel bisogno può richiedere ai propri parenti è impossibile dare una risposta inequivocabile. Nella letteratura si fa riferimento sia alla soglia di povertà dell'assistenza sociale sia alla soglia di povertà del diritto esecutivo – talvolta accompagnata da un sup-

plemento del 20% – e alla domanda si risponde in svariati modi a dipendenza della situazione. Si sottolinea che né l'una né l'altra soglia è determinante per la definizione di bisogno ai sensi dell'art. 328 CC.⁵² Anche in questo frangente spetta ai tribunali civili interpretare le prescrizioni del diritto federale e definire la soglia di caso in caso. In generale dalle decisioni giudiziarie pubblicate non si evince una tale definizione della soglia in ordine al «bisogno» (art. 328 CC). Il Tribunale federale ha unicamente dichiarato non lesivo del diritto federale il fatto che le autorità partano dal fabbisogno esistenziale del diritto esecutivo, anche se a lungo è stato ribadito che si tratta di un minimo.⁵³ Con la sua più recente decisione il Tribunale federale ha precisato che, da un lato, non vi è errore di giudizio discrezionale se l'istanza precedente nega un'aggiunta percentuale sul fabbisogno esistenziale secondo il diritto esecutivo.⁵⁴ D'altro lato, al contempo spiega che i tribunali civili non violano il proprio potere discrezionale, se si basano sul fabbisogno calcolato in virtù delle direttive per l'assistenza sociale, il quale supera il minimo esistenziale ai sensi del diritto esecutivo.⁵⁵ Quest'ultimo costituisce quindi il limite inferiore, mentre il minimo esistenziale secondo il diritto sull'assistenza sociale rappresenta il tetto massimo del fabbisogno vitale ai sensi della legislazione sul sostegno. Entro questi termini alle autorità e ai tribunali è dato un margine di manovra discrezionale nella valutazione del singolo caso.⁵⁶

Qualora più parenti siano soggetti all'obbligo di assistenza, il singolo contributo di sostegno si conforma alle condizioni finanziarie individuali. Non c'è alcuna responsabilità solidale. I parenti sono tenuti a partecipare semplicemente in misura proporzionale alla loro capacità contributiva.⁵⁷ Pertanto l'entità della capacità contributiva di una persona può essere determinata soltanto se al contempo o in via preliminare è stato chiarito se rispettivamente in quale misura altri parenti di medesimo grado siano anch'essi tenuti alla prestazione⁵⁸ (il che per esempio nel caso di parenti residenti all'estero è perlomeno difficile se non impossibile, ragion per cui spesso si dà semplicemente per scontata l'incapacità contributiva di questi parenti).

Il diritto al sostegno va fatto valere (anche da parte dell'ente pubblico) nei confronti dei parenti tenuti alla prestazione secondo la successione della loro legitti-

mazione ereditaria (art. 457 seg. CC) nel seguente modo:

- figli della persona bisognosa; qualora non ve ne siano o non abbiano capacità contributiva o non siano tenuti a contribuire
- nipoti / pronipoti; qualora non ve ne siano o non abbiano capacità contributiva o non siano tenuti a contribuire
- genitori; qualora non ve ne siano o non abbiano capacità contributiva o non siano tenuti a contribuire;
- nonni.

I parenti del grado successivo possono essere interpellati soltanto se tutti i parenti dei gradi precedenti, assieme, non riescono a sopperire al pieno sostegno del necessario sostentamento, sono irraggiungibili (ossia all'estero) oppure se la loro residenza non è nota. Se un parente non può più essere considerato fra i debitori della prestazione, la sua quota viene dapprima ripartita sugli altri parenti dello stesso grado.

4. Obbligo di restituzione nei confronti dei parenti

Si pone la questione a sapere se una persona, un tempo sostenuta dai suoi parenti, sia tenuta a rimborsare i contributi da essi ricevuti nel caso riesca a riprendersi economicamente. Stando alla dottrina precedente non sussiste alcuna pretesa di restituzione. In tempi più recenti si sono fatte sentire sporadiche voci che non ritengono questa prassi consona. Si tratta di distinguere fra l'obbligo di restituzione vero e proprio e l'obbligo di compensazione fra gli eredi, qualora un erede abbia beneficiato di sostegno dal parente deceduto oppure se abbia prestato aiuto ad parente deceduto. Dal diritto vigente non si può comunque dedurre un obbligo generale di rimborso.⁵⁹ Di conseguenza non esistono neppure sentenze che postulano un simile obbligo. Per contro riflessioni sul diritto ereditario hanno in parte trovato ospitalità nelle decisioni giudiziarie.⁶⁰

5. Modalità d'applicazione nei cantoni

Quasi tutti i cantoni hanno emanato disposizioni d'attuazione. In 23 cantoni è previsto un esplicito obbligo di verifica da parte dell'autorità, benché possa avere svariate forme. Soltanto in pochi cantoni esiste l'obbligo di accertare, in ogni caso, il sostegno ai parenti.⁶¹ La maggior parte dei cantoni lascia maggior libertà discrezionale alle autorità. Nel

complesso solo pochissimi cantoni stauiscono l'obbligo di far valere, anche in sede giudiziale laddove necessario, il sostegno ai parenti.

In merito alla prassi d'attuazione non è possibile formulare alcuna enunciazione attestata da solidi dati. I comuni e i cantoni non svolgono statistiche e non sono in grado di fornire dati completi e scientificamente affidabili.⁶² Ciononostante grazie alla dissertazione della signora WIDMER,⁶³ che ha avviato sondaggi sistematici e intervistato enti preposti all'assistenza sociale, disponiamo di alcune informazioni interessanti.⁶⁴

In caso di accertamento del sostegno ai parenti di regola, all'occorrenza, si tiene conto anche della capacità contributiva dei nonni. Tuttavia le modalità d'esame variano molto da cantone a cantone e da comune a comune. 12 cantoni indicano di avere esaminato negli ultimi anni il sostegno ai parenti con maggiore assiduità, cinque di essi confermano pure l'aumento dei relativi introiti. La maggior parte dei cantoni non è però stata in grado di dire se (ev. a seguito delle ristrettezze finanziarie dell'ente pubblico) ne è risultata una modifica nell'esercizio dell'obbligo al sostegno ai parenti da parte dell'ente pubblico.

Nel periodo fra il 1987 e il 1998 si sono registrate 208 cause promosse dall'ente pubblico per sostegno ai parenti, 89 delle quali da autorità del Cantone Argovia, 25 nel Cantone di Basilea-Città, 18 nel Cantone Soletta, per contro soltanto 17 nel Canton Zurigo, 2 nel Cantone Berna e nessuna nel Canton Ginevra. Le modalità dell'azione legale rispettivamente il loro quantitativo non dipende né dal numero degli abitanti né dall'entità delle spese sociali di un ente pubblico. Non traspaiono spiegazioni razionali che possano giustificare la varietà di atteggiamenti delle autorità nell'intentare l'azione.

In tempi più recenti (ossia fino al 1999, non sono note tendenze più attuali) le autorità competenti in materia di assistenza sociale hanno chiarito con maggiore sistematicità la possibilità del ricorso ai parenti. Tuttavia permangono forti differenze fra i cantoni e fra i comuni.⁶⁵ In occasione di un sondaggio i membri COSAS dichiarano di aver esaminato l'obbligo di sostegno ai parenti in quasi il 50% dei casi e a quanto risulta soltanto il 4% dei membri COSAS non ha mai verificato un possibile ricorso ai parenti.⁶⁶ La spesa amministrativa per l'accertamento e l'esercizio del sostegno ai parenti non sembra valerne la pena.

A livello svizzero non è disponibile alcuna statistica sui proventi che le autorità preposte all'aiuto sociale hanno conseguito tramite il ricorso ai parenti. Comunque sia sappiamo che in Svizzera fino al 1994 soltanto nel 2% circa di tutti i casi di assistenza sociale si sono richieste prestazioni di sostegno ai parenti.⁶⁷ Siamo inoltre al corrente che nel Canton Lucerna gli importi derivanti dal sostegno ai parenti costituivano, nel 1992, soltanto lo 0.2% degli aiuti sociali versati.⁶⁸ Non si riscontrano da nessuna parte indizi che lasciano presupporre che altrove la situazione sia decisamente diversa. In linea di principio l'istituto del sostegno ai parenti viene vieppiù messo in discussione.⁶⁹ Nella letteratura si mette in dubbio, per svariate ragioni, la legittimità dell'obbligo del sostegno ai parenti e in parte se ne chiede un'ulteriore limitazione o la totale soppressione.⁷⁰ Le obiezioni principali concernono la modifica della situazione sociodemografica, i cambiamenti intervenuti nell'ambiente familiare come pure la palese disuguaglianza giuridica nell'uso del sostegno ai parenti nei vari cantoni e l'impossibilità pratica di attuarla all'estero producendo così una crescente discriminazione degli svizzeri.

IV. Assistenza sociale

1. Considerazioni generali sul diritto all'assistenza sociale⁷¹

a) Basi, organizzazione e principi fondamentali

Secondo l'art. 115 Cost. l'assistenza sociale è di competenza dei cantoni. Ogni cantone disciplina autonomamente i presupposti e l'entità delle prestazioni assistenziali. Le singole normative cantonali sono fra loro assai divergenti. A riequilibrare un po' questo stato di cose vi sono le direttive per il calcolo dell'aiuto sociale emanate dalla Conferenza svizzera delle istituzioni dell'azione sociale (COSAS) e ritenute vincolanti da parecchi cantoni. Gli indigenti hanno diritto all'assistenza nel proprio cantone di domicilio.⁷² Nella maggior parte dei cantoni la competenza è dei comuni. In parte i cantoni prevedono aggregazioni di comuni ai fini di un'evasione congiunta di determinati compiti. Al giorno d'oggi cresce anche il numero di privati che ricevono incarichi dai comuni. Questo federalismo comunale produce una forte diversità di prassi in ambito di as-

sistenza sociale non solo fra cantoni, bensì anche fra comuni.⁷³

Il principio della dignità umana richiede, nel caso concreto, il sostegno dello stato. Pertanto nella nuova Costituzione federale è pure contenuto il principio fondamentale del diritto all'aiuto in situazioni di bisogno, il quale fa esplicitamente riferimento ad un'esistenza dignitosa.⁷⁴ Questo diritto fondamentale e di conseguenza tutte le prestazioni assistenziali sottostanno tuttavia al principio della sussidiarietà:⁷⁵ L'aiuto sociale viene concesso soltanto se la persona indigente non è in grado di provvedere autonomamente a se stessa o se non è possibile ricevere aiuto da terzi.⁷⁶ La persona in causa deve quindi avere esaurito tutte le possibilità di autoaiuto. Questo principio della sussidiarietà ha trovato posto anche nelle leggi cantonali sull'assistenza sociale.⁷⁷ Inoltre vale il principio dell'individualizzazione, che obbliga le autorità a prestare aiuto in funzione delle peculiarità del singolo caso. Il criterio della copertura del fabbisogno indica che l'aiuto sociale deve porre rimedio ad una situazione di emergenza individuale, concreta e attuale. Ne consegue che le prestazioni assistenziali vanno corrisposte indipendentemente dalla causa della situazione di bisogno e soltanto per il futuro. Quasi tutte le leggi cantonali sull'assistenza sociale definiscono compito dell'autorità l'accertamento delle cause dell'indigenza e, per quanto possibile, la relativa risoluzione dello stato di indigenza (postulato della lotta alle cause). Nella nuova Costituzione federale questo principio è stato inserito nel diritto costituzionale materiale sotto forma di obiettivi sociali.⁷⁸ Per concludere, la COSAS concretizza questi principi fondamentali nelle proprie direttive menzionando altri criteri quali l'adeguatezza dell'aiuto, la professionalità e il rapporto costi-benefici.⁷⁹

b) Distinzione fra minimo esistenziale sociale e minimo esistenziale secondo il diritto esecutivo (fabbisogno vitale)

I concetti fabbisogno vitale, minimo esistenziale secondo il diritto esecutivo o minimo esistenziale assoluto sono equivalenti. Questo minimo esistenziale fa riferimento al diritto sulle esecuzioni e sui fallimenti.⁸⁰ I redditi di ogni genere conseguiti con attività lucrativa e le prestazioni per perdita di guadagno (rendite, indennità disoccupazione) come pure i contributi di mantenimento (per quanto pignorabili) possono essere pi-

gnorati soltanto nella misura in cui non siano assolutamente necessari al debitore e alla sua famiglia. Per il calcolo di questo fabbisogno vitale fanno stato le direttive della Conferenza svizzera degli ufficiali preposti alle esecuzioni e ai fallimenti. Questo minimo esistenziale secondo il diritto esecutivo sta pure alla base dei calcoli per la fissazione del mantenimento postdivorzio nei casi di carenza (cfr. cap. III). Per contro il minimo esistenziale sociale ha tutt'altra definizione. Stando alla maggior parte delle leggi cantonali sull'aiuto sociale le prestazioni assistenziali vengono versate in caso di indigenza. Sussiste indigenza se la persona in questione non può provvedere, in maniera sufficiente o tempestiva, al proprio sostentamento avvalendosi di mezzi propri. La maggioranza dei cantoni consulta le direttive COSAS per determinare se il diritto all'assistenza sociale sia dato o meno. Le direttive COSAS si rifanno ai rilevamenti sul reddito e sul consumo effettuati dall'Ufficio federale di statistica.

Il minimo esistenziale sociale e il minimo esistenziale secondo il diritto esecutivo non sono quindi, in nessun caso, identici.⁸¹ Il fabbisogno esistenziale secondo il diritto esecutivo è sostanzialmente inferiore al minimo esistenziale sociale. È data indigenza sociale, se il reddito mensile disponibile non basta a coprire il minimo esistenziale sociale. Ciò equivale ad una garanzia materiale di base che predispone uno standard di sostegno superiore al minimo esistenziale secondo il diritto esecutivo. Una persona socialmente indigente non si caratterizza quindi necessariamente per un fabbisogno vitale secondo il diritto esecutivo non coperto, mentre – in senso inverso – una persona, il cui minimo esistenziale secondo il diritto esecutivo non è coperto, ha di regola diritto all'aiuto sociale.

2. Mancata presa in considerazione di obblighi di mantenimento secondo il diritto di famiglia

Stando alla vigente legislazione sociale di regola in tutti i cantoni si tiene conto, in sede di calcolo del minimo esistenziale sociale, degli obblighi di sostegno statuiti dal diritto di famiglia che la persona indigente ha nei confronti di familiari conviventi nella sua medesima economia domestica, ma non dei contributi di mantenimento che la persona che fa richiesta di assistenza sociale è tenuta

a corrispondere a familiari (per es. figli) che vivono separati da lei. Un padre divorziato, che in virtù della sentenza di divorzio è tenuto a pagare gli alimenti per i figli (o a versare pure il contributo di mantenimento postdivorzio alla moglie divorziata), all'atto di richiedere l'assistenza sociale non può, se è confrontato ad una situazione di bisogno e se con le proprie risorse non riesce a provvedere né al proprio sostentamento né agli obblighi di sostegno, includere nel proprio minimo esistenziale sociale il denaro che gli servirebbe per adempiere a questi suoi obblighi di sostegno. Qualora sia in grado di far fronte alle esigenze della propria economia domestica con mezzi propri, non percepisce alcun aiuto sociale. Se le sue risorse finanziarie non sono sufficienti per coprire i bisogni della sua economia domestica, a titolo di aiuto sociale gli viene versata soltanto questa differenza. Gli obblighi di corresponsione di alimenti di persone sostenute dall'assistenza sociale non vengono quindi inseriti nel budget destinato al sostegno.⁸² Questa insufficiente compensazione di oneri familiari genera una dipendenza unilaterale dall'assistenza sociale della famiglie monoparentali con conseguenze indebitamento unilaterale.⁸³

3. Restituzione dell'aiuto sociale all'ente pubblico

Fatta eccezione per alcuni cantoni, la maggior parte di essi prevede un obbligo di restituzione.⁸⁴ Le direttive COSAS contengono raccomandazioni sull'impostazione di tale diritto. Soltanto i Cantoni Vaud e Ginevra percorrono una strada sostanzialmente diversa: nel quadro della riforma della propria Costituzione Vaud ha escluso per principio la restituzione, mentre nell'ambito della revisione del 2004 Ginevra ha abrogato, in via generale e per tutti i beneficiari di aiuto sociale, l'obbligo di restituzione motivando questo passo con il fatto che l'indebitamento di chi percepisce aiuto sociale è, all'inizio del processo di riacquisto dell'autonomia, come una spada di Damocle, che distoglie la persona dal riprendere il lavoro invece di sostenerla nella sua attività professionale.⁸⁵

Spetta ai cantoni decidere quale ente pubblico cantonale sia legittimato a chiedere la restituzione dell'aiuto sociale. Di fatto sono perlopiù i comuni. Dal momento che si tratta di diritto pubblico cantonale, è sempre questo diritto a sancire quali possibilità legali vi siano

per ricorrere contro decisioni di rimborso emesse dalle autorità: trattasi soltanto dei rimedi legali interni al cantone contemplati dal diritto pubblico cantonale. Non sussiste alcuna possibilità ordinaria di impugnazione dinanzi al Tribunale federale. Contro decisioni cantonali di ultima istanza concernenti la restituzione esiste soltanto la possibilità di interporre ricorso di diritto pubblico per violazione di diritti costituzionali.

Le somme elargite a titolo di aiuto sociale sono debiti di diritto pubblico della successione del defunto beneficiario. Se nella successione di un defunto sono presenti saldi attivi, va dapprima restituito l'aiuto sociale percepito. Di regola le leggi cantonali contemplano particolari disposizioni in merito. L'entità dell'obbligo di rimborso dopo il decesso della persona che ha ricevuto l'aiuto sociale è, nella maggior parte dei cantoni, limitata all'ammontare della successione oppure, qualora la massa ereditaria sia già stata ripartita, all'ammontare della quota ereditaria ottenuta dagli eredi. In alcune normative cantonali vengono inoltre menzionate particolari circostanze di cui l'ente pubblico deve tener conto all'atto di decidere se richiedere agli eredi del defunto la restituzione dell'aiuto sociale percepito.⁸⁶

Come detto i cantoni disciplinano autonomamente, in maniera assai diversificata, anche il diritto di restituzione dei beneficiari di assistenza sociale. Vaud e Ginevra hanno abrogato, in linea di principio rispettivamente in maniera totale, il diritto di restituzione. Nei Cantoni Neuchâtel, Sciaffusa, Svitto e Zurigo⁸⁷ come pure nei Cantoni Nidvaldo, Obvaldo e Zugo non esiste alcun diritto di restituzione da reddito proveniente da attività lucrativa esercitata successivamente (bensì unicamente in caso di vincita alla lotteria, eredità ecc.). Negli altri cantoni sussiste in linea di massima un obbligo di restituzione in caso di miglioramento delle condizioni, indipendentemente dall'origine del miglioramento. Inoltre nella maggioranza dei cantoni ai bambini minorenni o ai giovani maggiorenni, che durante la loro formazione hanno beneficiato di aiuto sociale, non se ne chiede in genere la restituzione. Negli altri cantoni vige per bambini e giovani un obbligo di restituzione fortemente ridotto.

V. Limitazione dell'obbligo di restituzione sancito dal diritto sull'aiuto sociale e dell'obbligo di sostegno ai parenti tramite i diritti fondamentali

1. Pregiudizio dei diritti fondamentali in caso di richiesta di restituzione dell'aiuto sociale

La giurisprudenza del Tribunale federale, nei casi cosiddetti di carenza, genera premesse impari per le coppie divorziate (e per i loro parenti). Lo stato sociale ha tuttavia l'obbligo di garantire non solo la sicurezza sociale, bensì pure la giustizia sociale, come pure la responsabilità di creare i presupposti sociali per un reale esercizio dei diritti fondamentali.⁸⁸ Giusta l'art. 35 cpv. 1 Cost. i diritti fondamentali devono improntare l'intero ordinamento giuridico. L'obbligo di restituzione può complicare l'integrazione sociale, ridurre la motivazione all'autoaiuto e precipitare il debitore in un circolo vizioso (casi di povertà).⁸⁹ Ma: la Costituzione federale (art. 8 cpv. 3 Cost.) sancisce la parità di diritto fra uomo e donna e detta parità è direttamente applicabile quale diritto costituzionale. Essa tutela i due sessi in ugual misura dalla discriminazione diretta e indiretta. Tutte le autorità statali sono tenute ad eliminare le discriminazioni.⁹⁰

La prassi del Tribunale federale (rifiuto di suddividere la carenza) discrimina in funzione del sesso e pregiudica, unitamente alla legislazione sull'aiuto sociale, il principio delle pari opportunità.⁹¹ Lo stesso Tribunale federale nega finora⁹² che la propria giurisprudenza leda il precetto della parità di trattamento fra uomo e donna, in quanto la propria prassi non si orienterebbe (direttamente) al criterio del sesso, bensì alla ripartizione dei compiti concordata dai coniugi.⁹³ Da questa motivazione risulta evidente che il Tribunale federale non riconosce una discriminazione indiretta, neppure quando è data in ottima forma.

2. Aggiustamento del tiro nel quadro dell'esercizio del potere discrezionale delle autorità

La maggioranza delle leggi cantonali sull'assistenza sociale contempla una certa (in parte persino considerevole) libertà di manovra discrezionale per quanto

attiene sia al sostegno ai parenti sia alla restituzione dell'aiuto sociale. Con i criteri contenuti nei disposti di legge quali «ragionevolezza» o «equità»⁹⁴ è possibile tener conto delle circostanze che caratterizzano il singolo caso. Fra queste potrebbero pure rientrare le peculiarità del caso di carenza a seguito di separazione/divorzio. In base alle circostanze espone le autorità dovrebbero decidersi ad essere particolarmente caute con le pretese di restituzione in questi casi. Lo stesso dicasi per l'esercizio del sostegno ai parenti. All'obiezione, per cui in materia di restituzione le donne divorziate non possono godere di un trattamento diverso da quello applicato per gli altri beneficiari di aiuto sociale, si può rispondere che in questi ambiti la parità di trattamento con altri beneficiari di aiuto sociale risulta essere un'argomentazione assai debole, in quanto non è comunque palesemente garantita una parità di trattamento: in tutte le inchieste e indagini disponibili risulta chiaramente che non solo le leggi cantonali sono diverse fra loro, ma pure la prassi di applicazione varia fortemente da comune a comune. Se i parenti debbano o meno essere interpellati ai fini del sostegno e se la restituzione dell'aiuto sociale debba essere o meno richiesta non dipende tanto dalla paragonabilità della situazione delle persone in questione, quanto piuttosto da quale autorità è preposta all'assistenza sociale, in quale cantone e – in ottica intracantonale – quale comune decide.

3. Ricorso ai diritti fondamentali da parte degli stessi interessati

Le donne confrontate ad una richiesta di restituzione dell'aiuto sociale, la cui indigenza era da ricondurre (anche) alla mancata ripartizione della carenza nel calcolo del contributo di mantenimento, andrebbero incoraggiate a non rimborsare l'aiuto appellandosi ai diritti fondamentali oppure a richiedere perlomeno che la quota, che sarebbe dovuta essere realmente addebitata al partner, venga incorporata dal rimborso. Queste donne andrebbero sostenute nelle trattative con le autorità sociali come pure nell'impugnazione di decisioni di altro tenore e nel ricorso legale ai diritti fondamentali. Nell'interesse delle stesse donne divorziate si deve tuttavia far presente quanto segue: se i loro parenti non le sostengono, dovranno beneficiare di maggior aiuto sociale, il che accresce ulteriormente il loro indebitamento nei

confronti dell'ente pubblico, mentre, verso i parenti, non sarebbero tenute alla restituzione dell'aiuto percepito.

VI. Conseguenze

Mantenimento postdivorzio

La giurisprudenza e la prassi legale nei casi di carenza, che accollano l'intero deficit a chi ha diritto al mantenimento (quindi alle donne), discriminano le donne e **pregiudicano** il loro **diritto alle pari opportunità**. Inoltre l'attenersi a questa giurisprudenza superata e anticostituzionale fa sì che all'atto di calcolare gli alimenti per i figli si tengano sempre meno presenti le esigenze degli stessi, privilegiando invece il divieto sancito dal Tribunale federale di intaccare il fabbisogno proprio del coniuge debitore ed elargendo alimenti per i figli tendenzialmente inferiori. Ne consegue che spesso la madre non può neppure approfittare, nella misura che le sarebbe possibile, dell'anticipo degli alimenti per i figli e si vede pertanto costretta ad accrescere ulteriormente il proprio indebitamento nei confronti dell'assistenza sociale.

La **giurisprudenza** è nel complesso **insoddisfacente**. Non è certo comprensibile perché non si possa intaccare, perlomeno in sede di calcolo degli alimenti per i figli, il fabbisogno proprio del coniuge debitore. Di fatto entrambi i genitori sono parimenti responsabili dei propri figli. Ad avere assoluta priorità dovrebbe essere l'obbligo di garantire l'esistenza dei figli! Anche se il coniuge debitore non è in grado di pagare (o lo è soltanto in misura parziale) il contributo al mantenimento dei figli così calcolato, l'anticipo degli alimenti garantirebbe un miglior sostentamento dei figli in custodia presso la madre e quest'ultima forse non dovrebbe, o comunque non in ugual misura, fare affidamento sull'assistenza sociale. Una minore necessità di aiuto sociale significa una maggiore opportunità di svincolarsi da questa dipendenza e naturalmente un minor indebitamento. L'ente pubblico può d'altro canto recuperare dal debitore degli alimenti il denaro anticipato, sempre tenendo conto del minimo esistenziale di quest'ultimo. La parte che non può essere recuperata è considerata debito del coniuge tenuto al versamento e può essere richiesta in caso di miglioramento delle sue condizioni finanziarie.

In considerazione dell'insoddisfaccenza giurisprudenziale si pone con sempre maggiore insistenza la questione a sapere se non debbano essere emanate prescrizioni di diritto federale su come in generale, ma in particolare nei casi di carenza, debba essere calcolato il **contributo di mantenimento dei figli** (prescrizioni per un adeguato mantenimento minimo dei figli).

Si deve presumere che nei casi di carenza la **costituzione della previdenza postdivorzio** non venga di regola neppure inserita nel calcolo del debito mantenimento e che di conseguenza non venga presa in considerazione neppure nel disavanzo. Ciò è estremamente deplorevole. Ne consegue l'impossibilità di costituire, con le proprie forze, una previdenza o la sua messa in grave pericolo. Un deficit ritenuto nella sentenza impedisce l'avventata riduzione del contributo di mantenimento in caso di miglioramento delle condizioni finanziarie della moglie avente diritto. Qualora la formazione della previdenza dopo il divorzio fosse presa in considerazione e il deficit nella sentenza fosse quantificato in cifre più elevate, il coniuge creditore (la donna) potrebbe perlomeno iniziare a coprire il suo deficit previdenziale con un reddito proprio migliorato in seconda battuta. Per contro, se nella determinazione del deficit contenuto nella sentenza non si tiene conto della costituzione della previdenza postdivorzio, il marito divorziato può, in coincidenza di un successivo miglioramento del reddito della moglie beneficiaria, far ridurre il mantenimento di quest'ultima. Ne consegue che la moglie divorziata, pur percependo un reddito proprio maggiore, continua a non disporre dei mezzi necessari alla costituzione della sua previdenza di vecchiaia.

Sostegno ai parenti

L'istituto del sostegno ai parenti **non è più al passo con i tempi**. Dal momento che la società moderna non conosce più il concetto di «grande famiglia» come un tempo e visto il potenziamento intervenuto nelle assicurazioni sociali, l'obbligo di sostegno ai parenti ha perso di importanza. In passato ciò si traduceva soprattutto nell'assistenza che i figli, una volta cresciuti, assicuravano ai genitori in età avanzata. In questo senso questo genere di sostegno non è praticamente più richiesto. Per contro si moltiplicano i casi in cui, a causa dell'indigenza

sociale della generazione di mezzo, che di fatto dovrebbe essere economicamente autonoma ma che ora si ritrova ad affrontare problemi quali la separazione o il divorzio, va o andrebbe accertato l'obbligo di sostegno che i genitori (perlopiù già pensionati) possono prestare a questa generazione di mezzo. Le conseguenze economiche di questi rischi della vita non vengono coperte dalle assicurazioni sociali. Dato il gioco ad incastro fra giurisprudenza e legislazione sociale non tutti i genitori sono esposti al medesimo rischio. A correre il rischio maggiore sono soprattutto i genitori (e i nonni) di figlie separate e divorziate. Questi casi mettono ulteriormente in discussione la legittimità, di per sé già debole tenuto conto dell'ordinamento sociale odierno, dell'istituto del sostegno ai parenti.

Il **dispendio** delle autorità nel quadro dell'accertamento e dell'esercizio del sostegno ai parenti non sembra valerne la pena. A livello nazionale non esiste alcuna statistica in grado di fornire dati sugli introiti che le autorità preposte all'assistenza sociale conseguono attuando il ricorso ai parenti. La documentazione di cui si è a conoscenza e a cui si ha accesso indica tuttavia che queste **entrate** sono **esigue** se paragonate alle spese complessive dell'assistenza sociale. Persino il Cantone Argovia, di gran lunga il più attivo in materia di esercizio del sostegno ai parenti, non dà ragguagli, dai quali poter dedurre che la quota di denaro recuperata dalle casse cantonali tramite l'esercizio dell'obbligo del sostegno ai parenti è considerevole. Anche se ciò dovesse corrispondere effettivamente alla realtà, ci si dovrebbe comunque chiedere se sia proporzionato all'enorme investimento profuso dalle autorità nell'esercizio del sostegno ai parenti, ossia se l'intero dispendio amministrativo valga veramente la pena. Numerosi cantoni e comuni sono giunti alla conclusione opposta e nella maggior parte dei casi vi rinunciano intelligentemente fin dall'inizio.

Di per sé già l'esigua quota di successo del ricorso ai parenti⁹⁵ fa sì che l'esercizio di questo diritto da parte dei parenti effettivamente toccati, che in proporzione sono pochi, risulti arbitrario. Questa **disparità giuridica di trattamento** viene acuita notevolmente da una palese **discriminazione degli svizzeri**. Dal momento che a seguito della grande mobilità internazionale il numero degli stranieri bisognosi di assistenza (sia in cifre assolute che in percentuali) è divenuto importante e che l'attuazione del sostegno ai

parenti da parte di stranieri indigenti residenti in Svizzera nei confronti di parenti residenti dall'estero è senza speranza (fin dall'inizio questi parenti vengono ritenuti dalle autorità, perlopiù senza accertamenti più accurati, incapaci di prestazioni contributive), l'istituto del sostegno ai parenti fa in modo che soltanto i parenti residenti in Svizzera, ma non i parenti residenti all'estero di beneficiari di assistenza sociale che vivono in Svizzera (siano essi svizzeri o stranieri), siano esposti al rischio di essere interpellati ai fini del sostegno. Ne consegue che i parenti residenti in Svizzera devono compensare questa disparità ed eventualmente essere chiamati a contribuire con una quota superiore a quanto sarebbe invece conforme. Infine la disparità giuridica di trattamento viene ulteriormente aggravata dal fatto che proprio nei già numerosi e ancora in crescita casi di assistenza sociale a seguito di separazione o divorzio sono, per i motivi sopra descritti, soltanto i **parenti delle donne** a rischiare di essere obbligati a sostenere i congiunti.

Esistono quindi molte ragioni per abolire di principio l'obbligo di sostegno ai parenti. In particolare è intollerabile l'estrema disparità giuridica appena illustrata. Sulla base delle nuove condizioni sociali che contraddistinguono la società moderna non vale più la pena, nemmeno in ottica finanziaria e economica, mantenere l'istituto del sostegno ai parenti.

Assistenza sociale

Lo stato sociale ha l'obbligo di garantire la giustizia sociale e la sicurezza sociale ed inoltre è tenuto a creare le premesse sociali affinché i diritti fondamentali possano essere realmente esercitati. Dovrebbe favorire l'integrazione sociale, sostenere la motivazione all'autoaiuto (invece di spingere le persone bisognose nel circolo vizioso dei casi di povertà) e deve tutelare e garantire le pari opportunità anche fra uomo e donna. Attualmente lo stato non onora, in buona parte, quest'obbligo. Al contrario: l'interazione fra la giurisprudenza del Tribunale federale e la legislazione cantonale in materia di assistenza sociale genera un **rafforzamento dell'emarginazione sociale delle donne divorziate con i loro figli**, complica la loro integrazione sociale e pregiudica in misura decisiva le loro pari opportunità. A causa di questo gioco d'incastri, per le donne (in particolare

per le donne con figli), che a seguito di separazione o divorzio devono affidarsi all'assistenza sociale, è molto più difficile uscire da questa spiacevole situazione e progredire economicamente di quanto non lo sarebbe se i principi succitati venissero rispettati.

Le pari opportunità, il divieto di discriminazione e la parità di trattamento fra i sessi e soprattutto l'esercizio dei diritti fondamentali devono essere garantiti per tutti allo stesso modo nell'intera Svizzera. **La disparità giuridica** che oggi esiste **fra i cantoni** a causa delle competenze cantonali in materia di assistenza sociale (in particolare nel settore dell'obbligo di restituzione) è – in ogni caso almeno fino a quando ne sono toccati i diritti fondamentali – inaccettabile persino all'interno del sistema federalista svizzero. Si deve garantire che le difficoltà e gli aggravi finanziari connessi con la separazione e il divorzio non vengano accollati, in caso di carenza di risorse, esclusivamente alla persona che ha in custodia i figli e che, a causa di questa impari ripartizione degli oneri, non vengano sensibilmente pregiudicate le pari opportunità economiche delle donne. Il percorso dall'indigenza sociale all'autonomia economica è tanto più irto di difficoltà quanto maggiore è la dipendenza dall'aiuto sociale, quanto più cospicuo è l'indebitamento e quanto più forte è il pericolo che, a causa dell'obbligo di restituzione, in realtà non si riesca, malgrado tutti gli sforzi, a venire a capo della situazione. In materia di assistenza sociale urge una **legislazione nazionale quadro** che disciplini, come minimo, i seguenti punti:

■ Nel calcolo del minimo esistenziale sociale si dovrebbe tener conto anche degli **obblighi di mantenimento sanciti dal diritto di famiglia** che il richiedente ha nei confronti di persone che non convivono con lui, soprattutto gli obblighi verso i figli minorenni, ma pure quelli verso la moglie separata o divorziata. Questo nella misura (ossia limitato verso l'alto) in cui gli obblighi di mantenimento non superino le aliquote di aiuto sociale vigenti per le persone aventi diritto al mantenimento e per quanto non vengano anticipati a favore dell'avente diritto. L'anticipo ha la precedenza. Questi contributi non andrebbero ovviamente versati al richiedente, bensì andrebbero corrisposti dall'autorità direttamente a chi ne ha diritto. Soltanto in questo modo si garantirebbe che l'indigenza di un debitore di alimenti non produca un'indigenza supplementare o più accen-

tuata del beneficiario del mantenimento e che l'indebitamento riconducibile al diritto all'assistenza sociale non si accumuli, per l'intera somma mancante, sulle spalle delle donne. I contributi verrebbero versati all'avente diritto nella misura illustrata, tramite l'aiuto sociale, a titolo di contributi al mantenimento (non contributi di assistenza sociale), ma contabilizzati al coniuge debitore quali contributi dell'aiuto sociale fornitogli. Di conseguenza non sarebbero i beneficiari di alimenti a dover restituire l'aiuto, bensì i debitori di alimenti nella misura dei contributi versati agli aventi diritto al mantenimento.

■ Fintanto che persisterà l'obbligo di sostegno ai parenti, occorrerebbe perlomeno statuire nell'ambito di una legislazione nazionale quadro che le autorità cantonali preposte all'assistenza sociale sono legittimate ad accertare l'obbligo di sostegno ai parenti ed eventualmente a farlo valere unicamente con il consenso della persona bisognosa.

■ **I presupposti dell'obbligo di restituzione** dettato dal diritto sull'assistenza sociale devono essere anch'esse definite in ottica nazionale, onde garantire la parità di trattamento, l'equità giuridica e le pari opportunità. L'obbligo di restituzione non deve però essere semplicemente **uniformato**, dev'essere bensì **limitato** rispetto alla situazione oggi vigente nella maggior parte dei cantoni. È per esempio demotivante e controproducente obbligare persone, che hanno conseguito l'autonomia economica e il miglioramento delle proprie condizioni finanziarie tramite il proprio impegno lavorativo, a restituire contributi di aiuto sociale precedentemente percepiti. Questo perlomeno fintanto che la persona non è diventata ricca, il che avviene in rarissimi casi (il concetto di ricchezza andrebbe comunque definito meglio e in ogni caso fissato a valori ben più alti rispetto a quelli delle direttive COSAS che oggi fanno stato per la restituzione). In primo luogo andrebbe chiarito a livello svizzero quale quota-parte dei budget cantonali destinati all'assistenza sociale sia realistico attendersi come ritorno alle casse statali a seguito dell'esercizio dell'obbligo di restituzione e se la spesa amministrativa necessaria all'evasione delle richieste di rimborso sia veramente proporzionata e ne valga la pena. Forse per ragioni economiche sarebbe più ragionevole abolire l'obbligo di restituzione (come per esempio è già avvenuto nel Cantone Ginevra). In ogni caso, a livello svizzero

dovrebbe sussistere un obbligo di restituzione al massimo laddove le condizioni economiche della persona che un tempo era indigente sono talmente migliorate a seguito di **vincite alla lotteria** ecc. **o eredità**, da rendere senz'altro accettabile una restituzione oppure se la medesima persona, come menzionato sopra, ha conseguito in altro modo una ricchezza tale per cui è certamente pensabile attuare una restituzione senza arrecare pregiudizio ad uno standard di vita elevato.

■ Si dovrebbe completamente **escludere un obbligo di restituzione** nei casi, in cui l'indigenza è riconducibile al fatto che in occasione della separazione o del divorzio non è stato fissato o non ha potuto essere fissato un mantenimento sufficiente al sostentamento (anche in considerazione del reddito proprio presumibile) oppure quando il mantenimento riconosciuto non ha potuto essere recuperato dal coniuge debitore. In questi casi una restituzione sarebbe da escludere, in quanto discriminatoria, fintanto che non è garantito, mediante relativa modifica della giurisprudenza e dalla prassi giudiziaria, che il deficit non viene accollato soltanto all'avente diritto al contributo.

Sono pure state formulate proposte, per cui in questi casi si dovrebbe richiedere al coniuge beneficiario di alimenti e un tempo bisognoso di assistenza sociale soltanto la metà del debito oppure solo quella parte che, in caso di divisione della carenza, gli sarebbe stata addebitata al momento della sentenza. Anche se questa proposta venisse messa in pratica, gli aventi diritto al mantenimento risulterebbero comunque penalizzati fintanto che per i coniugi debitori degli alimenti non aumenta l'indebitamento connesso al diritto all'assistenza sociale e che non sono realmente esposti al rischio di rimborso. Una soluzione di questo genere costituirebbe una discriminazione indiretta e pertanto non può dirsi soddisfacente.

■ Andrebbe pure del tutto escluso qualsiasi obbligo di restituzione per debiti legati al diritto all'aiuto sociale sorti, in quanto – indipendentemente dal motivo – non sono stati pagati adeguati alimenti per i figli atti a coprire le esigenze di vita e di formazione di **figli minorenni**.

■ In generale si dovrebbe escludere qualsiasi obbligo di restituzione, se le persone sono divenute bisognose di assistenza sociale perché non erano in grado, o non lo erano da sole, di coprire in-

teramente il fabbisogno della propria economia domestica a causa di **obblighi di assistenza** nei confronti di figli minorenni.

Già con l'attuale legislazione le autorità incaricate dell'assistenza sociale potrebbero **sfruttare** il proprio **marginale discrezionale** in modo da non far valere, nei casi descritti (eccetto quando è esplicitamente auspicato dalla persona bisognosa), il sostegno ai parenti e rinunciare, nell'interesse della parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle donne coinvolte, alla restituzione dell'aiuto sociale percepito.

La donna, che al giorno d'oggi si vede confrontata **individualmente** con una richiesta di restituzione, si può **opporre**, per quanto la sua precedente indigenza sociale sia sorta a seguito di un caso di carenza nel senso descritto, a questa **restituzione** facendo appello al divieto di discriminazione fra i sessi, ai diritti fondamentali e al precetto delle pari opportunità.

Fintanto che sussiste un **obbligo di sostegno ai parenti**, una donna posta di fronte ad una richiesta di restituzione dettata dal diritto sull'aiuto sociale può anche rifiutarsi di dar seguito alla richiesta, se l'autorità sociale non ha preteso l'adempimento di un possibile obbligo di sostegno ai parenti. Il sostegno ai parenti non sarebbe di fatto soggetto a restituzione ed avrebbe ridotto i debiti che la donna ha contratto nei confronti dell'assistenza sociale.

Traduzione: Raffaella Adobati Bondolfi

Bibliografia

ARIOLI Kathrin, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben. Zurigo 1992.

ARIOLI Kathrin, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung. In: Aktuelle Juristische Praxis 1993, 1327–1335.

Rapporto del Consiglio federale sul programma legislativo «Uguaglianza dei diritti tra uomo e donna». In: FF, 1986, I, 1144–1274.

BIGLER-EGGENBERGER Margrith, Kommentar zu Art. 41 BV. In: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung 2002a, 95–125.

BIGLER-EGGENBERGER Margrith, Überschuss und Manko bei Ehetrennung und Ehescheidung – ein Problem rechtlicher und tatsächlicher Gleichstellung von Frau und Mann? In: GEISER Thomas et al. (ed.), Festschrift für Professor Heinz Hausheer. Berna 2002b.

BINKERT Monika, WYSS Kurt, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht. Basilea / Francoforte sul Meno 1997.

BREITSCHMID Peter, System und Entwicklung des Unterhaltsrechts. In: Aktuelle Juristische Praxis 1994, 835–846.

UFFICIO FEDERALE DELLE ASSICURAZIONI SOCIALI, Bekämpfung sozialer Ausgrenzung. Sozialhilfe in Kanada und in der Schweiz. Bericht der OECD. Beiträge zur sozialen Sicherheit, volume 3, Berna 1999.

UFFICIO FEDERALE DI STATISTICA (ed.), Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2004. Daten und Atlas auf CD-ROM, Zurigo 2004.

EPINEY-COLOMBO Emanuela, La modification des prestations d'entretien selon l'ancien droit du divorce. In: Praxis des Familienrechts 2001, 631–650.

EPINEY-COLOMBO Emanuela, Prime esperienze nel nuovo diritto del divorzio. Bellinzona 2002.

EPINEY-COLOMBO Emanuela, La donna è mobile, quelques réflexions sur l'application an-

ticipée de l'art. 125 CC avant le divorce. In: Praxis des Familienrechts 2003, 846–854.

FANKHAUSER Roland, Vorbemerkungen zu Art. 111–116 und Kommentar zu Art. 111, Art. 112, Art. 113, Art. 114, Art. 115, Art. 116, Art. 143, Art. 148, Art. 149 ZGB. In: SCHWENZER Ingeborg (ed.), Familienrechtskommentar Scheidung, Berna 2005, 16–87 e 499–525.

FLUDER Robert, STREMLow Jürgen, Armut und Bedürftigkeit: Herausforderungen für das kommunale Sozialwesen, Berna 1999.

FREIVOGEL Elisabeth, Auswirkungen des neuen Eherechts in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft. In: Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts, Bericht der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen, Nov. 1991, 111–183.

FREIVOGEL Elisabeth, Zur Bedeutung der Begriffe angemessener Beitrag an den gebühren-

Elenco delle abbreviazioni

annotaz.	Annotazione
art.	Articolo
AVS	Assicurazione vecchiaia e superstiti
Boll.uff. CN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
Boll.uff. CS	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
CC	Codice civile svizzero
CDF	Conferenza dei direttori cantonali delle finanze
CFQF	Commissione federale per le questioni femminili
cfr.	Confronta
CHF	Franchi svizzeri
cif.	Cifra
Cost.	Costituzione federale
cpv.	Capoverso
diss.	Dissertazione
DTF	Decisioni del Tribunale federale (della raccolta pubblicata)
DTF n.p.	Decisioni del Tribunale federale (non pubblicate, online)
ediz./ed.	Edizione / edito
FamPra.CH	Rivista Praxis des Familienrechts
FF	Foglio federale
GES (VS)	Sozialhilfegesetz des Kantons Wallis (legge sull'assistenza sociale del Canton Vallese)
i.u.c.	In unione con
incl.	Incluso
LAS	Legge federale sulla competenza ad assistere le persone nel bisogno (legge federale sull'assistenza)
LAS (+ sigla cantone)	Legge cantonale sull'assistenza sociale
LEF	Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento
LOS (JU)	Loi sociale du Canton du Jura (legge sociale del Canton Giura)
LP	Legge sulla previdenza
LPC	Legge federale sulle prestazioni complementari all'AVS
OAS (+ sigla cantone)	Ordinanza cantonale sull'assistenza sociale
Pra.	Prassi del Tribunale federale (raccolta delle decisioni)
RS	Raccolta sistematica del diritto federale
seg.	seguito
TC FR	Tribunale cantonale di Friburgo
TC SG	Tribunale cantonale di San Gallo
TF	Tribunale federale
vCC	Vecchio Codice civile svizzero
vCost.	Vecchia Costituzione federale

den Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge (Art. 125 Abs. 1 ZGB). In: Praxis des Familienrechts 2000, 252–265.

FREIVOGEL Elisabeth, Anhang Unterhaltsberechnung. In: SCHWENZER Ingeborg (ed.), Familienrechtskommentar Scheidung. Berna 2005, 1014–1063.

FREIVOGEL Elisabeth, FANKHAUSER Roland, Kommentar zu Artikel 143 ZGB. In: SCHWENZER Ingeborg (ed.), Familienrechtskommentar Scheidung, Berna 2005, 437–451.

FREIVOGEL Elisabeth, GLOOR Urs, STIEGER-GMÜR Regula, Nachehelicher Unterhalt bei komfortablen bis sehr guten finanziellen Verhältnissen. In: Praxis des Familienrechts 2004, 811–727.

GEISER Thomas, Neuere Tendenzen in der Rechtssprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten. In: Aktuelle Juristische Praxis 1993, 903–914.

GEISER Thomas, Ein Jahr neues Scheidungsrecht: Überblick über die Rechtssprechung. In: Praxis des Familienrechts 2001, 173–186.

Genf schafft die Rückerstattungspflicht ab. In: Zeitschrift für Sozialhilfe, 2004, 44.

GESSLER Dieter, Kritische Bemerkungen zur Rentenfestsetzung bei Scheidung. In: Schweizerische Juristenzeitung 1995, 65–71.

GYGIN Charlotte, Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz. Diss. Basilea/Ginevra/Monaco 1999.

HAUSHEER Heinz, GEISER Thomas, Zur Festsetzung des Scheidungsunterhalts bei fehlenden Mitteln im neuen Scheidungsrecht. In: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1998, 93–107.

JAGGI Kurt, Verwandtenunterstützung und Rückforderung von öffentlichrechtlichen Unterstützungsleistungen als Ausweg aus der Finanzkrise der öffentlichen Hand? In: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1998, 393–405.

KNÖPFEL Carlo, Die steuerliche Belastung des Existenzminimums. In: Zeitschrift für Sozialhilfe 2001, 161–176.

KOLLER Thomas, Das Institut der Verwandtenunterstützung im Lichte eines neueren Bundesgerichtsurteils. In: recht 2/06, 64–76.

KOLLER Thomas, Kommentierung von Art. 328/329 ZGB. In: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2a ediz. Basilea, Ginevra, Monaco 2002.

LEU Robert E., BURRI Stefan, PRIESTER Tom, Lebensqualität und Armut in der Schweiz. Berna/Stoccarda/Vienna 1997.

MEYER-BLASER Ulrich, GÄCHTER Thomas, Der Sozialstaatsgedanke. In: THÜRER Daniel et al. (ed.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurigo 2001.

PICHONNAZ Pascal, RUMO-JUNGO Alexandra, Neuere Entwicklungen im nachehelichen Unterhalt. In: Dieselben (ed.), Familienvermögensrecht. Berna 2003, 1–34.

PICHONNAZ Pascal, RUMO-JUNGO Alexandra, La protection du minimum vital du débiteur en droit du divorce: évolution récente. In: Schweizerische Juristenzeitung 2004, 81–89.

PROJEKT SOZIALHILFESTATISTIK, Nationales Forschungsprogramm 29, Schlussbericht. Berna 1994.

RÜEGG Viktor, Für die Frau den Gang auf's Sozialamt. In: plädoyer 1994/1, 22–25.

SCHWENZER Ingeborg (ed.), Familienrechtskommentar Scheidung. Berna 2005.

SCHWENZER Ingeborg, Kommentar zu Art. 125–132. In: Dieselbe (ed.), Familienrechtskommentar Scheidung. Berna 2005, 232–321.

SKOS / ARTIAS, Tagungsdokumentation Zukunft der Sozialhilfe vom 6. Mai 1999. Friburgo 1999.

SKOS / ARTIAS, Tagungsdokumentation Armutsbekämpfung und Föderalismus, Antworten aus Forschung und Politik, Nationale Tagung vom 5. Juni 2003. Friburgo 2003.

SORROSAL Azucena, Soziale Wirksamkeit der Grundrechte, dargestellt am Beispiel der Einelternfamilie. Diss. San Gallo 2002.

SPYCHER Annette, Unterhaltsleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden. Diss. Berna 1996.

SUTTER Thomas, FREIBURGHaus Dieter, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht. Zurigo 1999.

THOMET Werner, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG). 2a ediz. Zurigo 1994.

TRINKLER Judith, Kein Eingriff ins Existenzminimum der Alimentezahlenden. In: EinElternForum. Zeitschrift für Einelternfamilien 3/2005, 18.

URECH Peter, FASEL Urs, Geteiltes Leid – halbes Leid. Angelagerte Probleme der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Mangelfällen. In: recht 1997, 57–65.

VETTERLI Rolf, Scheidungshandbuch, San Gallo / Lachen 1998.

VETTERLI Rolf, Aus der Praxis zum neuen Scheidungsrecht. In: Praxis des Familienrechts 2002, 450–470.

VONDER MÜHLL Georges, Kommentar zu Art. 93 SchKG. In: STAEHELIN Adrian et al. (ed.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. Basilea/Ginevra/Monaco 1998, 929–967.

WIDMER Judith, Verhältnis der Verwandtenunterstützungspflicht zur Sozialhilfe in Theorie und Praxis. Diss. Zurigo 2001.

WIRZ Toni, ALFIREV-BIERI Charlotte, Habe ich Anspruch auf Sozialhilfe? Ratgeber des Beobachters. 2a ediz. Zurigo 2003.

WOLFFERS Felix, Grundriss des Sozialhilferechts. 2a ediz. non riveduta, Berna 1999.

WULLSCHLEGER Stephan, Kommentar zu Art. 276–293 ZGB. In: SCHWENZER Ingeborg (ed.), Familienrechtskommentar Scheidung. Berna 2005, 895–962.

WYSS Kurt, Evaluation der neuen SKOS-Richtlinien, Ergebnisse der Mitgliederbefragung. Edito dalla COSAS, Berna 2000.

WYSS Kurt, KNUPFER Caroline, Existenzsicherung im Föderalismus der Schweiz. In: Zeitschrift für Sozialhilfe, 2003, 1–24.

Note

1 Trovate la versione completa in formato PDF sul sito www.frauenkommission.ch, rubrica pubblicazioni.

2 Cfr. il recente studio sulla povertà LEU/BURRI/PRIESTER 1997, 129.

3 Cfr. Ufficio federale di statistica 2004, CD-ROM, T 1.3.2.3.4.

4 Cfr. Ufficio federale di statistica 2004, CD-ROM, T 1.3.2.3.4: 1985: 55%, 1995: 53%, 2000: 35%.

5 Cfr. Ufficio federale di statistica 2004, CD-ROM, T 1.3.2.3.4.

6 Cfr. BINKERT/WYSS 1997, 184 seg.

7 Di ugual opinione: SCHWENZER 2005, annotaz. all'art. 125–132 CC N 10.

8 La disposizione vale indipendentemente dal sesso. Dal momento che a seguito della suddivisione dei ruoli ancora diffusa, in pratica sono soprattutto le donne ad avere diritto al mantenimento mentre di regola sono gli uomini ad essere debitori della prestazione, per semplicità nel testo si adotta questa tipologia e si rinuncia all'impiego sistematico di termini linguistici neutri rispetto ai sessi.

9 In parte viene enunciato quale base anche il precetto della solidarietà postdivorzio, il quale è di nuovo in contraddizione con il principio, anch'esso parzialmente adottato, del «clean break», ossia dell' autoreponsabilità di entrambi i coniugi dopo il divorzio, cfr. nel dettaglio e con ulteriori rinvii SCHWENZER 2005, annotaz. all'art. 125–132 CC N 6–7.

10 FREIVOGEL 2005 N 1–2.

11 Cfr. più specificatamente SCHWENZER 2005, art. 125 CC N 1seg.; FREIVOGEL 2005 N 1seg.

12 Cfr. più dettagliatamente FREIVOGEL 2000, 252 seg.

13 Cfr. FREIVOGEL 2005, N 64f, N 98f.

14 Z.B. BGE 121 III 49, 121 III 301, 121 I 97, 118 III 97.

15 GEISER 1993, 903, 912; HAUSHEER/GEISER 1998, 93, 98.

16 Cfr. URECH/FASEL 1997, 57, 64; GESSLER 1995, 65, 68; BREITSCHMID 1994, 835, 842 seg.

17 Cfr. Obergericht BL, Amtsbericht Obergericht BL 1995, 38f; Obergericht St. Gallen, SJZ 99, 262; in merito alla prassi cantonale anche RÜEGG 1994, 22 seg.

18 Boll.uff. CN 1997, 2696, 2702.

19 Una simile divisione della carenza farebbe in modo che la moglie si veda assegnato un mantenimento maggiore, ossia non soltanto ciò che può essere ripartito sulla base della capacità con-

tributiva del marito, bensì anche la metà del deficit. Di conseguenza la sua dipendenza dall'assistenza sociale si ridurrebbe, il marito da parte sua dovrebbe richiedere l'assistenza sociale per la metà dell'ammancio (dovuta alla moglie).

20 Boll.uff. CS 1998, 325; Boll.uff. CN 1998, 1190.

21 Cfr. più specificatamente con ulteriori rinvii SCHWENZER 2005, art. 125 CC N 32.

22 Cfr. in sequenza cronologica: DTF 126 III 353; DTF 127 III 289; DTF n.p. 6.9.2001, 5C.77/2001; DTF n.p., 12.3.2002 5C. 296/2001; DTF n.p., FamPra.ch 2002, 827; DTF n.p., FamPra.ch 2002, 832; DTF n.p., 12.6.2002, 5P. 121/2002; DTF 128 III 257; DTF n.p., 1.7.2002, 5P. 119/2002; DTF n.p., FamPra.ch 2002, 824; DTF n.p., 21.6.2002, 5C. 23/2002; DTF n.p., 11.6.2002, 5C. 6/2002; KGer FR, 28.2.2003, FamPra.ch 2003, 637; 5C.282/2002; DTF n.p. 27.3.2003, FamPra.ch 2003, 677; 5C. 282/2002; DTF n.p. 27.5.2003, FamPra.ch 2004, 126; 5C.91/2003.

23 DTF 5C.77/2006 del 14.12.2006, cons. 4.

24 Nella decisione citata (nota 23) il Tribunale non si è sentito obbligato a procedere immediatamente ad una nuova verifica della giurisprudenza. In una procedura di divorzio una donna aveva richiesto che i debiti in materia di assistenza sociale accumulati a suo carico per mantenimento insufficiente durante la separazione venissero accollati al marito in ragione della metà o tramite l'obbligo di un versamento compensativo nell'ambito della liquidazione del regime dei beni matrimoniali o per mezzo di una liquidazione nel quadro del diritto al mantenimento oppure con una proroga adeguata dell'obbligo di mantenimento mensile del marito. Tutte le istanze hanno respinto la richiesta con la seguente motivazione: i debiti assistenziali accumulati durante la separazione sono debiti personali che gravano gli acquisti del coniuge interessato. Se in sede di liquidazione dei regime dei beni matrimoniali per il coniuge, in questo caso per la moglie, insorge un disavanzo, è lei stessa a dovervi far fronte da sola. Nel quadro della determinazione del mantenimento postdivorzio questo deficit non può essere compensato: il debitore degli alimenti non ha, nei confronti dei propri figli o di sua moglie, alcun obbligo finanziario che esuli dalla giurisprudenza per casi di carenza, pertanto anche i debiti contratti sulla base di questa giurisprudenza non potrebbero essere ridistribuiti a posteriori tramite il mantenimento postdivorzio. Ciò è l'inevitabile conseguenza della giurisprudenza del Tribunale federale in materia di casi di carenza (DTF 5C.77/2006 del 14.12.06, cons. 3). Questa giurisprudenza potrebbe tuttavia essere riveduta, qualora si ponesse la questione della ripartizione dell'ammancio direttamente nell'ambito del calcolo del mantenimento postdivorzio. Il Tribunale federale ha pertanto bocciato la dottrina di SCHWENZER, che proponeva di prolungare limitatamente la durata del mantenimento postdivorzio nel quadro dell'art. 125 CC nel caso di un possibile rimborso dei contributi

assistenziali, cfr. in merito la decisione dell'istanza preliminare e il suo commento tramite SCHWENZER in fampra.ch 2006, 726-731.

25 DTF 121 I 97; commento alla sentenza in GEISER 1993, 939.

26 La probabilità in proposito cresce già soltanto se si fissasse il contributo per i figli (a prescindere da una lesione del minimo esistenziale) conformemente al fabbisogno del figlio: di fatto gli alimenti per i figli possono di regola essere anticipati.

27 Cfr. nel dettaglio SCHWENZER 2005, art. 129 N 38; FREIVOGEL 2005, N 46 seg., 64 seg.; FREIVOGEL/FANKHAUSER 2005, art. 143 N 1 seg., N 20 seg.; DTF n.p. 27.3.2003, 5C.282/2002.

28 Cfr. più nel dettaglio SCHWENZER 2005, art. 129 N 9 seg.

29 La durezza del mutamento va subordinata a dei parametri rigidi, poichè un aumento dopo una riduzione non entra più in considerazione, cfr. DTF n.p. 14.3.2003, 5C.281/2002; EPINEY-COLOMBO 2001, 631, 641.

30 Cfr. più nel dettaglio SCHWENZER 2005, art. 129 N 12 seg.

31 DTF n.p. 27.10.2004, 5C.170/2004, con la quale è stata ridotta la rendita personale di una donna divorziata a causa della nascita di un nuovo figlio del suo ex marito, benché nella sentenza di divorzio fosse stato stabilito un deficit.

32 Cfr. in maniera particolareggiata e con ulteriori rinvii FREIVOGEL 2005, N 17 seg. e SCHWENZER 2005, art. 125 N 8 seg.

33 DTF n.p. 1.4.2003, 5C.265/2002, FamPra.ch 2003, 685 (nessun caso di carenza!).

34 TC San Gallo 22.10.2001 in re H.W.-A. contro O.W. – BF.2001.4, FamPra.ch 2/2002, 374 seg.

35 Cfr. per le svariate (anche altre) possibilità di calcolo FREIVOGEL 2005, N 23 seg. e in particolare N 27a seg. e N 31 seg. in sintesi N 34 seg. esempi di calcolo N 99 seg., N 105 seg., N 110 seg.; FREIVOGEL/GLOOR/STIEGER-GMÜR 2004, 811, 813 seg.; VETTERLI 1998, 146 seg.

36 È attualmente in corso un progetto di ricerca del Fondo nazionale, il quale registra e valuta in loco, nel quadro di un'ampia ricerca di fatti giuridici, anche le sentenze di prima istanza; in questo modo saranno forse disponibili, in un prossimo futuro, dati chiari.

37 art. 93 LOS (JU).

38 Boll.uff. CS 1998, 329.

39 Cfr. in merito KOLLER 2006, 74 con rinvii.

40 Si veda nel dettaglio e con ulteriori rinvii WIDMER 2001, 38 seg.

41 LPC, RS 831.30.

42 Conferenza svizzera delle istituzioni dell'azione sociale (COSAS).

43 DTF 123 III 5.

44 Per ultimo DTF n.p. 5C.209/1999 6.1.2000, E 5a.

45 DTF 132 III 97; cfr. in merito il commento particolareggiato di KOLLER 2006, 64 seg.

46 KOLLER 2006, 74; cfr. anche KOLLER 2002, art. 328/329 N 16, che è dell'avviso che all'interessato

to dovrebbe essere permesso continuare a vivere, anche dopo l'insorgenza del caso previdenziale, «nel benessere».

47 Cfr. più nel dettaglio e con ulteriori rinvii WIDMER 2001, 41 seg..

48 DTF 121 III 441 seg.

49 DTF 121 III 443.

50 DTF n.p. 28 aprile 1997, 4 (5C. 14/1997).

51 DTF n.p. 28 aprile 1997, 4 (5C. 14/1997).

52 Cfr. con rinvii KOLLER 2002, art. 328/329 N 10 e WIDMER 2001, 46 seg.

53 DTF 116 V 328, 331; DTF 101 II 21, 23; DTF 83 II 7, 9.

54 DTF 132 III 97 cons. 2.3.

55 DTF 132 III 97 cons. 2.4.

56 Cfr. anche KOLLER 2006, 73.

57 DTF 101 II 21, 24; 83 II 7, 11.

58 DTF 101 II 21, 24.

59 Cfr. ai fini di un approfondimento con ulteriori rinvii WIDMER 2001, 55 seg.

60 Per esempio la decisione di computare quali anticipi in caso di divisione ereditaria della persona indigente i contributi percepiti nell'ambito del sostegno ai parenti (Amtsgericht della Città di Lucerna 8.7.1994, 14 seg.); oppure all'atto del computo dell'intaccamento della sostanza della persona chiamata al sostegno dei parenti a quest'ultima viene richiesto soltanto il consumo della porzione legittima ipotetica della persona indigente (Tribunale distrettuale di San Gallo 20.8.1997, 17, confermata dal Tribunale cantonale di San Gallo in data 7.7.1999, 14).

61 Per esempio Appenzello Interno, dove secondo l'art. 3 della legge sull'assistenza il Dipartimento deve accertare senza indugio e in ogni caso di sostegno se ci siano parenti ai quali spetta l'obbligo di sostegno ai sensi dell'art. 328 e 329 CC. Parimenti vale per Appenzello Esterno all'art. 22 della legge sull'assistenza.

62 Con questo limite si è pure scontrata la signora WIDMER nel suo tentativo di raccogliere proprio questi dati.

63 WIDMER 2001.

64 Visto il numero di comuni in Svizzera, anche WIDMER ha dovuto comprensibilmente rinunciare ad un rilevamento della prassi d'applicazione a livello comunale, ha quindi limitato la sua indagine e il suo sondaggio al livello dei cantoni, ad eccezione del Cantone di Zurigo dove ha pure effettuato ricerche più accurate in ambito comunale. Sull'impostazione, sull'attuazione e sui risultati nel dettaglio cfr. WIDMER 2001, 114 seg.

65 Dati sui comuni bernesi anche in JAGGI 1998, 399 seg. nonché Ufficio federale delle assicurazioni sociali 1999, 74 per i Cantoni GR, TI, ZH.

66 WYSS 2000, 61.

67 Progetto statistica in materia di assistenza sociale 1994, allegato 2, 12.

68 KOLLER 2002, art. 328/329 N 4.

69 Così anche nella revisione CC del 1998/2000 nella procedura di consultazione (cfr. messaggio FF1996 I 1, 166 seg. cif. 245; Jutzet, Boll.uff. CN

1997, 2741 e di Felten 2740 seg; Boll.uff. CN 1997, 2743). L'istituto è però stato soltanto riformato (abrogazione dell'obbligo di sostegno dei fratelli).
70 Cfr. più nel dettaglio con ulteriori rinvii KOLLER 2002, art. 328/329 CC N 3 seg. e WIDMER 2001, 33 seg.

71 Cfr. più nel dettaglio WOLFFERS 1999, in particolare 27, 59, 64, 70 seg.

72 Art. 4 cpv. 1 LAS; in precedenza per le cittadine e i cittadini svizzeri era competente il proprio comune d'origine.

73 Cfr. in forma accurata studio COSAS di WYSS/KNUPFER 2003.

74 Art. 12 Cost.: «Chi è nel bisogno e non è in grado di provvedere a se stesso ha diritto d'essere aiutato e assistito e di ricevere i mezzi indispensabili per un'esistenza dignitosa». Cfr. anche art. 7 Cost.

75 BIGLER-EGGENBERGER 2002a N13.

76 WOLFFERS 1999, 71.

77 Per es. § 5 cpv. 1 LAS BL, che statuisce che il sostegno viene accordato unicamente se il ragionevole autoaiuto, le prestazioni di chi è tenuto al mantenimento e al sostegno come pure le prestazioni legali, contrattuali e di altro genere da parte di terzi non sono sufficienti o non possono essere percepite a tempo.

78 Art. 41 Cost.; BIGLER-EGGENBERGER 2002a, art. 41 Cost. N15 seg.

79 Direttive COSAS cap. A4.

80 Art. 92 e 93 LEF.

81 Un'armonizzazione del minimo esistenziale sociale e del fabbisogno vitale è stata discussa nel quadro della revisione del diritto sull'esecuzione e sul fallimento, ma è stata bocciata. Entrambe le associazioni di categoria, la Conferenza degli ufficiali di esecuzione e fallimenti della Svizzera e la COSAS, continuano tuttavia a lavorare ad un adeguamento delle direttive da esse raccomandate, cfr. VONDER MÜHLL 1998, art. 93 N 21 seg.

82 Questa lacuna della legislazione sociale attribuisce di riflesso una certa giustificazione alla prassi del Tribunale federale in merito ai casi di carenza, cfr. SPYCHER 1996, 185; HAUSHEER/GEISER, 1998, 100; VETTERLI 2002, 464. A ciò si deve tuttavia obiettare che si tratta di una questione meramente di diritto assistenziale, la quale non può essere normativa per la determinazione di pretese di diritto civile, cfr. SUTTER/FREIBURGHHAUS 1999, art. 125 CC N 64 seg.

83 TRINKLER 2005, 18.

84 In uno studio OCSE sul confronto dell'assistenza sociale in Svizzera e in Canada questo obbligo di restituzione dell'aiuto sociale viene definito un'«arcaica» barriera d'entrata (Ufficio federale delle assicurazioni sociali 1999, 328).

85 Zeitschrift für Sozialhilfe 2004, 44.

86 § 31 LAS (AG); art. 51 cpv. 3 LAS (NW); § 25 cpv. 3 LAS (SZ); § 28 cpv. 2 LAS (ZH).

87 Nel 2001 è stata comunque accolta una mozione per l'inasprimento dell'obbligo di restituzione. La mozione chiede espressamente che si

esiga la restituzione dell'aiuto sociale anche quando, a seguito di reddito da attività lucrativa, sussistono nuovamente condizioni finanziarie favorevoli.

88 SORROSAL 2002, 159, con rinvio a MEYER-BLASER/GÄCHTER 2001, N 3.

89 WOLFFERS 1999, 177; non appena la persona debitrice si trova in una situazione economica più favorevole, deve impiegare una parte del proprio reddito per il rimborso dei contributi dell'assistenza sociale. Ne consegue che l'effettivo reddito a sua disposizione torna a diminuire sensibilmente. Malgrado l'impegno lavorativo il reddito della persona resta comunque basso, vale a dire che nonostante tutti gli sforzi della persona la sua situazione finanziaria non registra alcun miglioramento.

90 Cfr. in maniera approfondita ARIOLI 1992, 29 seg., 95 seg.; la stessa autrice 1993, 1329; cfr. anche rapporto del Consiglio federale sul programma legislativo «Uguaglianza dei diritti tra uomo e donna», 1151; e SORROSAL 2002, 165 seg.

91 Cfr. anche SORROSAL 2002, 169.

92 Per lo sviluppo più recente e per i segnali che lasciano presupporre che non sia più esclusa un'eventuale modifica della prassi, cfr. in precedenza II.2a come pure le note 23, 24.

93 DTF 121 I 97, 99 con rinvio alla DTF 119 Ia 241, 249.

94 Cfr. per es. persino art. 24 LAS (AG), quindi un cantone che esercita e richiede in maniera particolarmente rigorosa la restituzione.

95 Quota dei casi in cui si è fatto effettivamente appello ai parenti in rapporto a tutti i casi nei quali si sarebbe potuto far ricorso ai parenti (pochissimi enti pubblici accertano sistematicamente e in ogni caso se ci siano parenti con obbligo di sostegno; alcuni cantoni vi rinunciano del tutto).

Lic.iur. Elisabeth Freivogel LL.M. è avvocat e mediatrice FSA a Binningen/Basilea, docente incaricata di Gender Law all'Università di Basilea e Vicepresidente della Commissione federale per le questioni femminili.