

## **BGer 5A\_193/2023 vom 6. April 2023**

Bundesgericht, 2023-04-06, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_193\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_193_2023)

FR: TF 5A\_193/2023 du 6 avril 2023

IT: TF 5A\_193/2023 del 6 aprile 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Le decisioni in materia di ritorno di un minore secondo la CArap sono emanate nel quadro dell'assistenza giudiziaria tra gli Stati contraenti - e sono quindi pronunciate in applicazione di norme di diritto pubblico - ma sono in diretto rapporto con il rispetto e l'attuazione del diritto civile straniero (art. 72 cpv. 2 lett. b n. 1 LTF; DTF 133 III 584 consid. 1.2; sentenza 5A\_956/2022 del 16 gennaio 2023 consid. 1). Inoltrato tempestivamente (art. 100 cpv. 2 lett. c LTF) dalla parte soccombente dinanzi all'autorità inferiore ( art. 76 cpv. 1 LTF ) contro una decisione finale ( art. 90 LTF ) emanata dall'autorità cantonale di ultima istanza che ha giudicato quale istanza unica ( art. 75 cpv. 1 e 2 lett. a LTF ; art. 7 cpv. 1 della legge federale del 21 dicembre 2007 sul rapimento internazionale dei minori e sulle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti [LF-RMA; RS 211.222.32]), il ricorso in materia civile risulta in linea di principio ammissibile.

#### **E. 1.2**

Il ricorso in materia civile può essere interposto per violazione del diritto federale ( art. 95 lett. a LTF ) - che comprende anche i diritti costituzionali - e per violazione del diritto internazionale ( art. 95 lett. b LTF ). Il Tribunale federale applica d'ufficio il diritto ( art. 106 cpv. 1 LTF ). Nondimeno, tenuto conto dell'onere di allegazione e motivazione posto dall' art. 42 cpv. 1 e 2 LTF , la cui mancata ottemperanza conduce all'inammissibilità del gravame, il Tribunale federale esamina di regola solo le censure sollevate ( DTF 142 III 364 consid. 2.4 con rinvii). Il ricorrente deve pertanto spiegare nei motivi del ricorso, in modo conciso e confrontandosi con i considerandi della sentenza impugnata, perché quest'ultima viola il diritto ( DTF 143 II 283 consid. 1.2.2; 142 III 364 consid. 2.4). Per le violazioni di diritti fondamentali e di disposizioni di diritto cantonale e intercantonale le esigenze di motivazione sono più severe; il ricorrente deve indicare in modo chiaro e dettagliato i diritti che sono stati violati e spiegare in cosa consista la violazione ( art. 106 cpv. 2 LTF ; DTF 144 II 313 consid. 5.1; 143 II 283 consid. 1.2.2; 142 II 369 consid. 2.1).

#### **E. 1.3**

Il Tribunale federale fonda il suo ragionamento giuridico sull'accertamento dei fatti svolto dall'autorità inferiore ( art. 105 cpv. 1 LTF ) e può scostarsene o completarlo solo se è stato svolto in violazione del diritto ai sensi dell' art. 95 LTF o in modo manifestamente inesatto ( art. 105 cpv. 2 LTF ). L'accertamento dei fatti contenuto nella sentenza impugnata può essere censurato alle stesse condizioni; occorre inoltre che l'eliminazione dell'asserito vizio possa influire in maniera determinante sull'esito della causa ( art. 97 cpv. 1 LTF ). Se rimprovera all'autorità cantonale un accertamento dei fatti manifestamente inesatto - ossia arbitrario ( DTF 147 V 35 consid. 4.2) - il ricorrente deve motivare la censura conformemente alle esigenze poste dall' art. 106 cpv. 2 LTF .

#### **E. 1.4**

A meno che ne dia motivo l'impugnata decisione, il Tribunale federale non tiene conto di fatti o mezzi di prova nuovi ( art. 99 cpv. 1 LTF ), i quali non possono comunque, in linea di principio, essere posteriori al giudizio contestato ( DTF 148 V 174 consid. 2.2 con rinvio; 139 III 120 consid. 3.1.2; sentenza 5A\_345/2020 del 30 aprile 2021 consid. 2.2).

Con la replica il ricorrente ha trasmesso al Tribunale federale tre documenti (un decreto cautelare 22 marzo 2023, un decreto di non luogo a procedere 10 marzo 2023 e uno scambio di e-mail 14-16 marzo 2023). Essi sono irricevibili in questa sede già per il fatto che sono posteriori alla sentenza impugnata. Sull'ammissibilità del documento allegato al ricorso si dirà invece in seguito (v. infra consid. 2.3 in fine e 2.4 in fine).

#### **E. 2.1**

La CArap mira a ripristinare lo status quo ante ( DTF 133 III 146 consid. 2.4), assicurando il ritorno immediato - nello Stato della loro dimora abituale - dei minori trasferiti o trattenuti illecitamente in qualsiasi Stato contraente (v. art. 1 lett. a CArap unitamente al preambolo della stessa). Sia la Svizzera sia l'Ungheria hanno ratificato tale convenzione.

Il trasferimento o il mancato ritorno di un minore è considerato illecito quando avviene in violazione di un diritto di custodia attribuito a una persona, a un'istituzione o ad ogni altro ente, solo o congiuntamente, dal diritto dello Stato in cui il minore aveva la dimora abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato ritorno ( art. 3 cpv. 1 lett. a CArap ) e quando tale diritto era esercitato di fatto, solo o congiuntamente, al momento del trasferimento o del mancato ritorno, o lo sarebbe stato se non fossero occorsi tali avvenimenti ( art. 3 cpv. 1 lett. b CArap ).

La CArap non contiene una definizione della nozione di "dimora abituale". Tale nozione va definita in modo autonomo (segnatamente rispetto all' art. 20 LDIP [RS 291]) e uniforme nell'ambito delle Convenzioni dell'Aia relative ai minori (in particolare della Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori [Convenzione sulla protezione dei minori, RS 0.211.231.011]). La dimora abituale si fonda su una situazione meramente fattuale (sentenza 5A\_877/2020 del 20 novembre 2020 consid. 4.1 con rinvii). Determinante è il centro effettivo della vita del minore e delle sue relazioni ( DTF 110 II 119 consid. 3). Oltre alla presenza fisica del minore, occorrono quindi altri fattori che siano atti a indicare che tale presenza non ha unicamente un carattere temporaneo o occasionale e che la dimora del minore manifesta una certa integrazione in un ambiente sociale e familiare; sono segnatamente determinanti la durata, la regolarità, le condizioni e i motivi del soggiorno sul territorio, la nazionalità del minore, il luogo e le condizioni della scolarizzazione, le conoscenze linguistiche, nonché i rapporti sociali e familiari del minore (sentenze 5A\_877/2020 cit. consid. 4.1 con rinvii; 5A\_933/2020 del 14 aprile 2021 consid. 1.1 con rinvii). La dimora abituale va definita per ciascuno singolarmente. La dimora abituale di un figlio coincide tuttavia di norma con il centro della vita di un genitore almeno; trattandosi di un neonato o di un bambino piccolo, sono decisive, quali indizi della sua dimora abituale, le sue relazioni familiari con il genitore cui egli è affidato. Un soggiorno di sei mesi crea in linea di principio una dimora abituale, ma la dimora può anche divenire abituale subito dopo il cambiamento del luogo di soggiorno se, per la presenza di altri fattori, è destinata a essere duratura e a sostituire il precedente centro della vita e delle relazioni (sentenza

5A\_933/2020 cit. consid. 1.1 con rinvii).

## **E. 2.2**

Nel caso concreto, la Corte cantonale ha accertato che dal 31 agosto 2021 il minore soggiorna con i genitori in Svizzera nell'appartamento di un resort nel Comune di X.\_\_\_\_\_ (il contratto di locazione, scadente il 30 giugno 2023, è stato disdetto dal padre il 17 dicembre 2022 a seguito della comunicazione del locatore, il giorno prima, dell'aumento della pigione per il periodo sino al 30 giugno 2023), che il minore è domiciliato nel Comune di X.\_\_\_\_\_ ai sensi del diritto civile e che è scolarizzato presso una scuola elementare privata di Y.\_\_\_\_\_ sin dal suo arrivo in Svizzera. I Giudici cantonali hanno inoltre accertato che il minore ha soggiornato in Ungheria per l'ultima volta durante le vacanze scolastiche estive del 2022 e che egli avrebbe dovuto trascorrervi anche le successive vacanze natalizie, ciò che tuttavia non è avvenuto data la messa in protezione sua e della madre il 12 dicembre 2022. La Corte cantonale ha inoltre osservato che il padre medesimo, nella sua istanza di ritorno, aveva affermato che l'eventuale rientro della famiglia in Ungheria (" al più tardi in giugno 2023, ma probabilmente già da Natale 2022") era stato discusso con la moglie, senza tuttavia che le parti giungessero a un accordo. Secondo i Giudici cantonali, il minore risulta pertanto avere la sua dimora abituale in Svizzera e non, come preteso dal padre, in Ungheria. Per la Corte cantonale, la fattispecie sfugge quindi al campo di applicazione della CArap, non essendoci uno status quo ante da ripristinare. Essa ha così respinto, nella misura della sua ammissibilità, l'istanza di ritorno del minore.

## **E. 2.3**

Il ricorrente considera, in sostanza, che la moglie avrebbe trattenuto il figlio in Svizzera in modo illecito. A suo dire, il minore avrebbe la sua dimora abituale in Ungheria e, dal 30 agosto 2022, risiederebbe solo provvisoriamente nel Cantone Ticino.

Egli rimprovera al Tribunale d'appello un accertamento dei fatti arbitrario ( art. 9 Cost. ) e in violazione degli art. 29 cpv. 2 Cost. (diritto di essere sentito), 152 CPC (diritto alla prova) e 23 CC (nozione di domicilio). Considera che, se avessero tenuto conto delle sue allegazioni contenute nell'istanza di ritorno e nella successiva istanza 31 gennaio 2023 e di tutti i mezzi di prova debitamente offerti per dimostrarle (ossia dei documenti da 1 a 43 e del richiamo, chiesto il 16 febbraio 2023, dell'incarto relativo alla causa di protezione dell'unione coniugale pendente presso la Pretura del Distretto di Lugano, incarto che conterrebbe la traduzione certificata di tutti i documenti redatti in lingua straniera prodotti anche dinanzi alla Camera di protezione), i Giudici cantonali sarebbero dovuti giungere alla conclusione che la dimora abituale del figlio è in Ungheria, e non in Svizzera. A suo dire, tali mezzi di prova dimostrerebbero infatti con pertinenza l'esistenza di numerosi "indicatori" del fatto che la famiglia non voleva stabilirsi e integrarsi durevolmente in Svizzera: i certificati di domicilio di tutte le parti sarebbero ungheresi, il padre lavorerebbe nel turismo e sarebbe costretto a viaggiare molto, tutti gli effetti personali della famiglia si troverebbero nella casa coniugale ungherese, le targhe delle automobili della famiglia sarebbero ungheresi, il contratto per l'appartamento nel resort in Svizzera sarebbe stato concluso soltanto dal 31 agosto 2021 al 30 giugno 2022 e dal 30 agosto 2022 al 31 dicembre 2022, la famiglia non avrebbe avuto alcuna abitazione nel Cantone Ticino dal 30 giugno al 30 agosto 2022, il figlio non parlerebbe italiano, ma ungherese a casa e inglese nella

boarding school di Y. \_\_\_\_\_, e sarebbe iscritto alla scuola americana di Z. \_\_\_\_\_ dal gennaio 2023 (figurando peraltro sulla lista d'attesa di tale scuola già dall'agosto 2022).

Secondo il ricorrente, essendo appunto la dimora abituale del minore in Ungheria, il fatto di trattenerlo in Svizzera contro la volontà del padre e senza autorizzazione giudiziaria sarebbe illecito e la decisione di non ordinare il ritorno del figlio in Ungheria violerebbe gli art. 3 CARap e 7 cpv. 2 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori, in relazione con l'art. 301a CC e il diritto ungherese. Con riferimento a quest'ultimo, il ricorrente produce dinanzi al Tribunale federale un certificato 17 febbraio 2023 dell'autorità ungherese, il quale confermerebbe che, in virtù del diritto ungherese, un figlio soggiace all'affidamento e all'autorità parentale congiunta dei suoi genitori.

#### **E. 2.4**

Ora, anche ammettendo che tutti i suesposti "indicatori" fatti valere dal ricorrente siano dimostrati dalle prove a suo dire debitamente prodotte o richiamate in sede cantonale, da essi non può comunque essere desunto che la dimora abituale del minore sia a Z. \_\_\_\_\_. Tali "indicatori" attestano infatti tutt'al più che la famiglia ha una casa in Ungheria, che ha trascorso le vacanze estive scolastiche del 2022 in tale Paese e che esisteva la possibilità che vi facesse rientro, senza però che fosse concordata una data precisa. Ciò non adempie le caratteristiche sviluppate dalla giurisprudenza per la nozione di dimora abituale (v. supra consid. 2.1), che del resto non corrisponde alla nozione di domicilio, per cui il fatto che il minore risulterebbe domiciliato anche in Ungheria è irrilevante. Gli "indicatori" adottati dal ricorrente nemmeno attestano che la presenza del minore in Svizzera sarebbe soltanto provvisoria: egli vive infatti nel Cantone Ticino con entrambi i genitori (ora con la madre) dal 31 agosto 2021 (o, in ogni caso, dal 30 agosto 2022) e vi frequenta regolarmente la scuola. La formazione scolastica è un forte indizio dell'esistenza di una dimora abituale (v. sentenza 5A\_119/2011 del 29 marzo 2011 consid. 6.2.1.1, in RtiD 2011 II pag. 813) anche se in concreto si tratta di una

boarding school (v. ANNA CLAUDIA ALFIERI, *Enlèvement international d'enfants*, 2016, pag. 64, secondo cui la frequentazione di una

boarding school all'estero non dovrebbe modificare la dimora abituale del minore, data la mancanza di integrazione effettiva nello Stato in cui si trova la scuola) : C. \_\_\_\_\_ non è infatti venuto in Svizzera da solo, ma con i suoi genitori, ciò che di regola comporta, per il figlio, l'acquisizione immediata della dimora abituale al nuovo luogo (v. sentenza 5A\_293/2016 dell'8 agosto 2016 consid. 3.1 con rinvii). Il centro effettivo della vita e delle relazioni del minore è quindi in Svizzera, malgrado il fatto che egli trascorra altrove le vacanze (v. sentenze 5A\_807/2013 del 28 novembre 2013 consid. 2.3.1; 5A\_427/2009 del 27 luglio 2009 consid. 3.2 in fine, in FamPra.ch 2009 pag. 1088; 5P.128/2003 del 23 aprile 2003 consid. 3.3, in FamPra.ch 2003 pag. 720) e, asseritamente, non conosca la lingua italiana (le sue relazioni familiari e sociali si svolgono infatti comunque in altre lingue, ossia in ungherese e in inglese; v. ALFIERI, op. cit., pag. 62). Ne segue che, nella determinazione della dimora abituale del figlio, alla Corte cantonale non può essere rimproverato un accertamento dei fatti manifestamente inesatto e in violazione del diritto. La censura va respinta nella misura in cui è ammissibile.

Atteso che la dimora abituale del minore è in Svizzera e che egli non è quindi stato spostato né trattenuto in uno Stato contraente diverso da quello della sua dimora abituale (v. ALFIERI, op. cit., pag. 41), la Corte cantonale ha a giusta ragione stabilito che, in sostanza,

la presente fattispecie non era suscettibile di attivare il sistema di ritorno previsto dalla CArap (v. sentenza 5A\_293/2016 cit. consid. 3, con rinvio a JÖRG PIRRUNG, in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2009, Vorbem zu Art. 19 EGBGB, D 16 e D 34). Ne segue che la censura di mancata applicazione degli art. 3 CArap e 7 cpv. 2 della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori (in relazione con l' art. 301a CC e il diritto ungherese) cade nel vuoto. Non occorre quindi nemmeno determinare se il predetto certificato 17 febbraio 2023 dell'autorità ungherese, prodotto con il ricorso, sia ammissibile in questa sede.

### **E. 3.1**

Secondo l' art. 9 cpv. 2 LF-RMA , il tribunale sente il minore personalmente in maniera adeguata o ne incarica uno specialista, a meno che l'età del minore o altri motivi gravi vi si oppongano.

Giusta l' art. 9 cpv. 3 LF-RMA , il tribunale ordina che il minore sia rappresentato e designa quale curatore una persona sperimentata in questioni assistenziali e giuridiche. Il curatore può proporre conclusioni e interporre rimedi giuridici.

### **E. 3.2**

Il ricorrente si duole di una violazione degli art. 9 cpv. 2 e 3 LF-RMA , sottolineando l'obbligatorietà dei provvedimenti in essi contenuti e la loro importanza nel caso concreto data la totale interruzione delle relazioni tra padre e figlio "da oramai 86 giorni".

### **E. 3.3**

La Corte cantonale ha in effetti respinto, nella misura della loro ammissibilità, le richieste formulate dal ricorrente il 31 gennaio 2023, tra cui la designazione di un curatore di rappresentanza per il figlio e l'audizione di quest'ultimo, per il motivo che erano anch'esse riferite all'applicazione della CArap. Il ricorrente osserva a ragione che tali misure vanno invece, in linea di principio, adottate d'ufficio al fine di garantire i diritti del minore. Si tratta in effetti, secondo il tenore stesso delle disposizioni summenzionate, di un dovere del tribunale che è volto a tutelare l'interesse preminente del minore (v. preambolo della CArap), il quale va assicurato già sin dal primo stadio della procedura (v., per l'audizione del minore, sentenza 5A\_305/2017 del 19 maggio 2017 consid. 7.1; sul tema v. anche ALFIERI, op. cit., pag. 134 e 138 seg.). Considerato tuttavia il qui caso chiaro di assenza di status quo ante da ripristinare e il fatto che nemmeno il ricorrente pretende che l'audizione del figlio di sette anni o la designazione di un suo rappresentante avrebbero avuto un influsso sulla determinazione della dimora abituale del minore e quindi sull'applicabilità del meccanismo di ritorno del minore messo in atto dalla CArap alla presente fattispecie, il rinvio dell'incanto all'autorità precedente affinché senta il minore o gli nomini un curatore di rappresentanza, rispettivamente l'adozione di tali misure da parte del Tribunale federale, si esaurirebbe in un vuoto esercizio procedurale (v. sentenza 5A\_80/2010 del 22 marzo 2010 consid. 2.2), per cui è possibile, in concreto, prescindervi. La censura non può quindi essere accolta.

### **E. 4.1**

Giusta l' art. 14 LF-RMA , l' art. 26 CArap è applicabile alle spese della procedura giudiziaria a livello cantonale e federale. Secondo l' art. 26 cpv. 1 CArap , ogni Autorità centrale sopprime alle proprie spese nell'applicazione della convenzione. A meno che uno degli Stati coinvolti abbia formulato una riserva fondandosi sull' art. 26 cpv. 3 CArap , l' art.

26 cpv. 2 CArap prevede la gratuità della procedura di ritorno di un minore. L'istante che risulta soccombente non può quindi essere condannato al pagamento delle "spese processuali e ripetibili". La gratuità si estende poi anche alle "spese dovute alla partecipazione di un avvocato", e non soltanto laddove i legali delle parti siano stati designati dall'autorità, ma anche quando siano stati scelti dalle parti quali avvocati di fiducia (v. sentenza 5A\_997/2018 dell'11 gennaio 2019 consid. 4). Se l'istante risulta vincente, l'art. 26 cpv. 4 CArap prevede tuttavia la possibilità di accollare spese alla persona che ha illecitamente trasferito o trattenuto il minore.

#### **E. 4.2**

Il ricorrente lamenta un'errata applicazione degli art. 14 LF-RMA e 26 cpv. 1 e 2 CArap, sostenendo che non potevano essere poste a suo carico ripetibili della sede cantonale pari a fr. 1'200.--.

#### **E. 4.3**

Come giustamente rilevato nel rimedio, né la Svizzera né l'Ungheria hanno formulato una riserva ai sensi dell'art. 26 cpv. 3 CArap. Condannando il ricorrente al versamento di ripetibili all'opponente "in ragione della completa soccombenza", la Corte cantonale è quindi incorsa in una violazione dell'art. 26 cpv. 2 CArap. La censura va accolta e il dispositivo n. 3 della sentenza impugnata va parzialmente riformato nel senso che non si assegnano ripetibili e lo Stato del Cantone Ticino verserà un'indennità di fr. 1'200.-- all'opponente.

In virtù dell'art. 26 cpv. 2 CArap, entrambe le parti avrebbero invero avuto diritto alla copertura delle proprie spese di patrocinio nella sede cantonale. In assenza di una specifica conclusione, il Tribunale federale non può però riformare la sentenza cantonale nel senso di porre a carico dello Stato del Cantone Ticino anche le spese di patrocinio del ricorrente (v. art. 107 cpv. 1 LTF).

#### **E. 5.1**

Da quanto precede discende che il ricorso, nella misura in cui è ammissibile, va parzialmente accolto nel senso indicato al considerando precedente. Per il resto, il ricorso è respinto.

Con l'emanazione della presente sentenza, la richiesta del ricorrente di conferire effetto sospensivo al rimedio secondo l'art. 103 cpv. 3 LTF e di adottare altre misure cautelari ai sensi dell'art. 104 LTF diventa priva d'oggetto.

#### **E. 5.2**

Come già spiegato (v. supra consid. 4.1), giusta gli art. 14 LF-RMA e 26 cpv. 2 CArap, la procedura con la quale viene chiesto il ritorno di un minore è gratuita, motivo per cui non vengono prelevate spese giudiziarie. Per la procedura federale, la Cassa del Tribunale federale verserà un'indennità ai patrocinatori delle parti.