

# BGer 5A 710/2024 vom 13. November 2024

Bundesgericht, 2024-11-13, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_710\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_710_2024)

FR: TF 5A 710/2024 du 13 novembre 2024

IT: TF 5A 710/2024 del 13 novembre 2024

## Regeste

ritorno di un minore | Diritto di famiglia

## 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\_658/2024 del 24 ottobre 2024 consid. 1.1). La sentenza qui impugnata è finale ( art. 90 LTF ) ed è stata 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]). Inoltrato tempestivamente (art. 100 cpv. 2 lett. c LTF) da una parte che ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore e ha un interesse degno di protezione all'annullamento o alla modifica della sentenza impugnata ( art. 76 cpv. 1 LTF ), il ricorso in materia civile risulta pertanto 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 imposto dall' art. 42 cpv. 1 e 2 LTF , il Tribunale federale esamina di regola solo le censure sollevate ( DTF 142 III 364 consid. 2.4 con rinvii). La parte 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; la parte 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 ); 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 inferiore un accertamento dei fatti manifestamente inesatto - ossia arbitrario ( DTF 148 IV 409 consid. 2.2) - la parte ricorrente deve sollevare la censura e motivarla in modo preciso, come esige l' art. 106 cpv. 2 LTF . Non basta opporre il proprio punto di vista alle conclusioni del giudizio impugnato; il Tribunale federale non esamina le critiche di carattere appellatorio ( DTF 145 I 26 consid. 1.3 con rinvii). Dinanzi al Tribunale federale possono essere addotti nuovi fatti e nuovi mezzi di prova soltanto se ne dà motivo la decisione dell'autorità inferiore ( art. 99 cpv. 1 LTF ).

#### **E. 1.4**

Giusta l' art. 54 cpv. 1 LTF , il procedimento dinanzi al Tribunale federale si svolge in una delle lingue ufficiali (tedesco, francese, italiano, rumantsch grischun), di regola nella lingua della decisione impugnata, che in concreto è la lingua italiana. Di conseguenza si giustifica redigere questa sentenza in italiano. La ricorrente ha presentato il suo ricorso in due versioni, una italiana e una francese. Quest'ultima è priva di firma, in violazione delle esigenze poste dall' art. 42 cpv. 1 LTF . Dato che, salvo due pagine supplementari alla fine della versione francese, i gravami appaiono di identico contenuto, si può però prescindere dal fissare un termine alla ricorrente per sanare il vizio constatato ( art. 42 cpv. 5 LTF ).

#### **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 che la Francia 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 ). Il diritto di custodia di cui all' art. 3 cpv. 1 lett. a CARap , che può segnatamente discendere da un'attribuzione per legge, da una decisione giudiziaria o amministrativa o da un accordo vigente secondo il diritto dello Stato in cui il minore aveva la dimora abituale ( art. 3 cpv. 2 CARap ), comprende il diritto vertente sulla cura della persona del minore e, in particolare, quello di decidere della sua dimora ( art. 5 lett. a CARap ).

#### **E. 2.2**

Nel caso concreto, i Giudici cantonali hanno stabilito che, immediatamente prima del trasferimento in Svizzera, la dimora abituale del minore si situava in Francia: cittadino francese, esso è nato in tale Paese e vi ha vissuto ininterrottamente fino all'agosto 2024, prima con entrambi i genitori e poi con la madre e il fratello maggiore. Considerato che il padre è (co) detentore dell'autorità parentale (come anche precisato nella convenzione di divorzio omologata il 16 aprile 2024) e che, sulla base dell'ordinamento giuridico francese (art. 371 segg. del codice civile francese), tale autorità comprende anche il diritto di determinare il luogo di residenza abituale del figlio, per i Giudici cantonali il padre disponeva di un diritto di custodia ai sensi dell' art. 5 lett. a CARap , diritto che era anche

esercitato di fatto al momento del trasferimento. Secondo la Corte cantonale, la madre non poteva pertanto spostare la dimora abituale del minore all'estero senza l'accordo del padre e il trasferimento risultava così illecito ai sensi dell' art. 3 cpv. 1 CArap . I Giudici cantonali hanno aggiunto che, comunque, la madre non aveva contestato che la dimora abituale del figlio immediatamente prima del trasferimento si situasse in Francia e nemmeno che il padre avesse un diritto di custodia ai sensi dell' art. 5 lett. a CArap né che lo esercitasse di fatto.

### **E. 2.3**

Dinanzi al Tribunale federale, la ricorrente mette invece in dubbio l'illiceità del trasferimento del minore. Sostiene infatti che la dimora abituale del minore "è dove si trova la madre, cioè in Svizzera " e ricorda che, come risulta dalla convenzione di divorzio, " l'autorità parentale è certamente congiunta, ma è la madre che ha il diritto di custodia ", mentre il padre " ha semplicemente un diritto di visita ". A suo dire, inoltre, il trasferimento in Svizzera sarebbe stato effettuato a scopo di vacanza con il consenso del padre e la decisione di vivere in tale Paese sarebbe maturata " molto dopo il suo arrivo in Svizzera, quando le persecuzioni [...] sono continuat[e] durante il soggiorno, creando un vero pericolo per i bambini e per la madre ".

#### **E. 2.4.1**

Dalla sentenza impugnata risulta che tali contestazioni non sono state sottoposte alla Corte cantonale e la ricorrente non pretende il contrario, tantomeno con un preciso riferimento agli atti. Tardive (v. sentenza 5A\_617/2022 e 5A\_621/2022 del 28 settembre 2022 consid. 4.3.1) e parzialmente fondate su fatti che non sono stati accertati dall'autorità precedente (v. supra consid. 1.3), esse appaiono perciò inammissibili.

#### **E. 2.4.2**

Le contestazioni della ricorrente sono in ogni caso infondate. Se è vero che, nella determinazione ai sensi della CArap della dimora abituale di un bambino piccolo, sono decisivi i suoi rapporti familiari con il genitore cui egli è affidato (v. sentenza 5A\_327/2023 del 5 giugno 2023 consid. 2.1 con rinvii), a importare è però la dimora abituale del minore immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato ritorno (v. art. 3 cpv. 1 lett. a CArap ; sentenza 5A\_327/2023 citata consid. 2.5.1). Il fatto che il figlio viva ora con la madre in Svizzera è pertanto ininfluenza. Contrariamente a quanto sembra ritenere la ricorrente, il diritto di custodia ai sensi della CArap non corrisponde al concetto di "custodia di fatto" o di "affidamento", ma, come già indicato, va compreso come il diritto vertente sulla cura della persona del minore e, in particolare, quello di decidere della sua dimora ( art. 5 lett. a CArap ). Ora, come constatato dai Giudici cantonali, la (co) titolarità dell'autorità parentale comprende, secondo l'ordinamento giuridico francese, anche il diritto di determinare il luogo di residenza abituale del figlio, ciò che la ricorrente non contesta. Poco importa inoltre che la ricorrente avrebbe maturato la decisione di stabilirsi in Svizzera con il figlio soltanto dopo il suo arrivo in tale Paese, alla ricerca di protezione. Quello che conta è che, come risulta dagli atti, ella non era più intenzionata a farlo ritornare nello Stato della sua dimora abituale e che il soggiorno in Svizzera non era più coperto dal consenso del padre, concessole soltanto per una vacanza. Ciò costituisce un caso di mancato ritorno illecito ai sensi dell' art. 3 CArap (v. sentenza 5A\_658/2024 citata consid. 3.5 con rinvii). Quanto all'asserito pericolo per madre e figlio in caso di rientro in Francia, esso rileva semmai dell'esame dell'esigibilità del ritorno (v. infra consid. 3.4).

### **E. 3.1**

Appurato un trasferimento o, come in concreto, un mancato ritorno illecito giusta l' art. 3 CArap , l'autorità adita deve ordinare il ritorno immediato del minore qualora fosse trascorso meno di un anno dal trasferimento o dal mancato ritorno al momento della presentazione dell'istanza ( art. 12 cpv. 1 CArap ). Tuttavia, secondo l' art. 13 cpv. 1 lett. b CArap , l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta ad ordinare il ritorno del minore qualora la persona, l'istituzione o l'ente che vi si oppone accerti che vi è il grave rischio che il ritorno esponga il minore a un pericolo fisico o psichico, ovvero lo metta altrimenti in una situazione intollerabile. Secondo la giurisprudenza, il concetto di rischio grave deve essere interpretato in modo restrittivo; sono considerati gravi i pericoli come il ritorno in una zona di guerra o un'epidemia, o quando c'è il rischio che il minore venga maltrattato o abusato dopo il suo ritorno e non ci si può aspettare che le autorità intervengano in tempo (sentenze 5A\_658/2024 citata consid. 4.1; 5A\_943/2023 del 1° febbraio 2024 consid. 6.1; 5A\_531/2023 del 26 luglio 2023 consid. 7). Giova inoltre ricordare che, quando applica tale disposizione, l'autorità non deve emanare una decisione sulla custodia o sull'autorità parentale (ossia determinare con quale genitore o in quale Paese il minore starebbe meglio, oppure quale genitore sia più adatto a educarlo ed a prendersene cura); l'obiettivo della CArap non è infatti quello di pronunciarsi in merito alla sorte del minore, ma di rendere possibile una futura decisione al riguardo da parte delle autorità competenti secondo il sistema della CArap ( art. 16 e 19 CArap ; DTF 133 III 146 consid. 2.4; 131 III 334 consid. 5.3; sentenze 5A\_658/2024 citata consid. 4.1; 5A\_943/2023 citata consid. 6.1; 5A\_531/2023 citata consid. 7; 5A\_96/2022 del 21 marzo 2022 consid. 5.5.3). Giusta l' art. 5 LF-RMA il ritorno mette il minore in una situazione intollerabile ai sensi del predetto dettame convenzionale in particolare se il collocamento presso il genitore richiedente non corrisponde manifestamente all'interesse del minore (lett. a), se il genitore rapitore, tenuto conto di tutte le circostanze, non è in grado di prendersi cura del minore nello Stato in cui il minore aveva la dimora abituale immediatamente prima del rapimento, o ciò non può essere ragionevolmente preteso da lui (lett. b), e se il collocamento presso terzi non corrisponde manifestamente all'interesse del minore (lett. c). Con questa norma, i cui tre presupposti sono da intendere in senso cumulativo (sentenze 5A\_658/2024 citata consid. 4.1; 5A\_943/2023 citata consid. 6.1.1 con rinvii), il legislatore non ha inteso sostituire la disposizione convenzionale, ma ne ha unicamente precisato l'applicazione, chiarendo in quali casi "in particolare" non deve essere ordinato il ritorno del minore per non porlo in una situazione manifestamente intollerabile (Messaggio del 28 febbraio 2007 concernente l'attuazione delle convenzioni sul rapimento internazionale di minori nonché l'approvazione e l'attuazione delle Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti, FF 2007 2399 n. 6.4). Il citato Messaggio (loc. cit.) spiega che, se il collocamento presso il genitore richiedente non corrisponde all'interesse del minore ( art. 5 lett. a LF-RMA ), occorre verificare se il genitore rapitore può riaccompagnare quest'ultimo ( art. 5 lett. b LF-RMA ), atteso che il collocamento presso terzi può unicamente costituire un'ultima ratio in casi estremi (art. 5 lett. c LF-RMA).

### **E. 3.2**

Secondo i Giudici cantonali, dagli atti non emergeva alcun elemento concreto che permettesse di ritenere che il ritorno in Francia potesse esporre il minore a un pericolo fisico o psichico o a una situazione intollerabile ai sensi degli art. 13 cpv. 1 lett. b CArap e 5 LF-RMA. Essi hanno osservato che le dichiarazioni di carattere cospiratorio della madre -

secondo cui il figlio sarebbe stato avvelenato durante la frequentazione dell'asilo nido nel settembre 2023 ed ella avrebbe subito minacce di ritorsione e di morte, molestie e persecuzioni a seguito delle denunce sporte nei confronti dei dirigenti dell'ospedale per cui lavorava nella sua veste di rappresentante dei lavoratori e sarebbe ormai impossibilitata a trovare in Francia una nuova occupazione lavorativa nel settore sanitario - apparivano per lo più personali paure infondate. Hanno inoltre aggiunto che, qualora la madre decidesse di ritornare con il figlio in Francia, l'eventuale rischio di incarcerazione a seguito della denuncia penale sporta dall'ex marito dinanzi alla polizia francese sarebbe scongiurato dalle adeguate misure accompagnatorie disposte con l'ordine di rientro. Per la Corte cantonale, neppure se la madre decidesse di non ritornare con il figlio in Francia vi sarebbe stata ragione di temere per il bene del minore: per quanto molto delicata, nel sistema della CArap la separazione dalla madre non costituiva di per sé, per un figlio che come in concreto già ha compiuto due anni, una causa di impedimento al ritorno (con rinvio alla sentenza 5A\_850/2022 del 1° dicembre 2022 consid. 3.2.1.2) e non si poteva per il resto dubitare della capacità e delle possibilità del padre di prendersi cura del minore, tenuto conto della sua stabile situazione abitativa, lavorativa e familiare, delle modalità da lui previste per assicurarne l'accudimento (già peraltro messe in atto con il figlio maggiore D. \_\_\_\_\_) e del fatto che si era già occupato autonomamente del figlio durante l'esercizio dei frequenti e regolari diritti di visita con pernottamento presso la sua abitazione.

### **E. 3.3**

La ricorrente afferma che l'interesse del figlio non sarebbe stato preso in considerazione. A seguito dell'"avvelenamento del minore" in Francia e del rifiuto di supporto, indagine e protezione da parte delle istituzioni francesi, ella avrebbe deciso di stabilirsi in Svizzera "per garantire la propria sicurezza e quella dei suoi figli". In caso di ritorno in Francia, la vita del minore sarebbe messa in pericolo "da persone malintenzionate". Sostiene inoltre di essere sempre stata il genitore di riferimento del figlio e che, data l'età di quest'ultimo, una separazione dalla madre costituirebbe una violenza inaccettabile. Da ella non potrebbe del resto essere esatto di rientrare in Francia con il figlio, siccome avrebbe ricevuto "minacce da parte delle istituzioni [...] così come sabotaggi del suo veicolo" dopo aver "presentato denunce riguardanti avvelenamento, tentativi di omicidio volontario e atti di molestie" e le sarebbe preclusa ogni possibilità lavorativa. Afferma inoltre che il collocamento presso l'altro genitore non corrisponderebbe all'interesse del minore: il padre, che avrebbe trascurato "l'avvelenamento subito e le persecuzioni di cui l'intera famiglia è stata vittima", non sarebbe infatti in grado di occuparsi del figlio e le misure da lui adottate in vista di un ritorno del minore non sarebbero sufficientemente credibili. La ricorrente ritiene insomma che i requisiti degli art. 13 cpv. 1 lett. b CArap e 5 LF-RMA per prescindere dall'ordinare il ritorno del minore sarebbero in concreto adempiuti e chiede al Tribunale federale di "riesaminare il fascicolo con tutti i documenti giustificativi".

### **E. 3.4**

La ricorrente dimentica però che questo Tribunale non accerta i fatti d'ufficio, ma fonda il suo giudizio sulle constatazioni dell'autorità precedente (v. art. 105 cpv. 1 LTF; supra consid. 1.3). La ricorrente non poteva pertanto limitarsi a proporre una propria versione delle circostanze e a chiedere al Tribunale federale di riesaminare "gli elementi di prova forniti nell'ambito di questo caso", ma avrebbe dovuto sollevare e motivare una censura di arbitrio nella constatazione dei fatti e nella valutazione delle prove effettuate dai Giudici cantonali (v. art. 105 cpv. 2 e 106 cpv. 2 LTF; supra consid. 1.3), secondo i quali dagli atti

non emergeva alcun elemento concreto che permettesse di ritenere che il ritorno in Francia potesse esporre il minore a un pericolo fisico o psichico o a una situazione intollerabile. Nella misura in cui è ricevibile, l'argomentazione ricorsuale non può che essere ritenuta infondata.

#### **E. 4.1**

Ne segue che il ricorso va respinto nella misura in cui è ammissibile. Atteso che al gravame è stato concesso l'effetto sospensivo in via supercautelare, si giustifica fissare un nuovo termine per il ritorno del minore in Francia, che dovrà quindi avvenire entro l'8 dicembre 2024. Le misure di esecuzione previste nel giudizio impugnato dovranno essere corrispondentemente adattate. Con l'emanazione della presente sentenza, l'istanza della ricorrente di conferire effetto sospensivo al ricorso diviene priva d'oggetto. Le sue non meglio precisate richieste di sostegno logistico, finanziario e sociale e di adozione di misure di protezione internazionali esulano invece dall'oggetto della presente procedura ricorsuale.

#### **E. 4.2**

Giusta l' art. 14 LF-RMA , l' art. 26 CARap è applicabile alle spese della procedura giudiziaria a livello cantonale e federale. A meno che uno degli Stati coinvolti abbia formulato una riserva fondandosi sull' art. 26 cpv. 3 CARap (e sull' art. 42 CARap ), l' art. 26 cpv. 2 CARap prevede la gratuità della procedura di ritorno di un minore. La Francia ha formulato una tale riserva, dichiarando di essere tenuta al pagamento delle spese di cui all' art. 26 cpv. 2 CARap solamente in quanto dette spese possano essere coperte dal suo sistema di patrocinio giudiziario e giuridico (v. sentenza 5A\_903/2023 del 31 gennaio 2024 consid. 6). La Svizzera applica in tal caso il principio di reciprocità (art. 21 cpv. 1 lett. b della convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati [RS 0.111]) e garantisce quindi la gratuità solo nel quadro dell'assistenza giudiziaria nazionale (v. sentenza 5A\_658/2024 citata consid. 5.2). La ricorrente, parte soccombente, ha presentato un'istanza di assistenza giudiziaria, che può essere in concreto accolta ( art. 64 cpv. 1 LTF ). Le spese giudiziarie, le quali comprendono anche i costi per la rappresentanza del minore, sono poste a suo carico ( art. 66 cpv. 1 LTF ), ma sono quindi provvisoriamente sopportate dalla cassa del Tribunale federale. Anche la domanda di assistenza giudiziaria (con gratuito patrocinio) formulata dall'opponente soddisfa le esigenze dell' art. 64 cpv. 1 LTF . La ricorrente è tenuta a versare spese ripetibili, non coperte dalla sua assistenza giudiziaria, all'opponente per le sue osservazioni sull'effetto sospensivo ( art. 68 cpv. 1 e 2 LTF ; v. sentenza 5A\_53/2024 del 6 marzo 2024 consid. 3; v. anche art. 26 cpv. 4 CARap ). Considerata tuttavia la situazione finanziaria della ricorrente, l'opponente non sarà in misura di riscuotere tali spese ripetibili, per cui la sua patrocinatrice è direttamente indennizzata dalla cassa del Tribunale federale ( art. 64 cpv. 2 LTF ). La ricorrente è resa attenta al fatto che, se in seguito è in grado di farlo, è tenuta a risarcire la cassa del Tribunale federale ( art. 64 cpv. 4 LTF ; v. sentenze 5A\_658/2024 citata consid. 5.2; 5A\_756/2023 del 10 novembre 2023 consid. 7.2 con rinvii; 5A\_822/2013 del 28 novembre 2013 consid. 4.2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.