

*Commissione federale di esperti per la protezione dei minori in caso di rapimento
Eidgenössische Experten-Kommission über den Kinderschutz bei Kindesentführungen
Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement*

Rapporto conclusivo

6 dicembre 2005

Composizione e mandato della commissione

Il 10 marzo 2005, il Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) ha deciso di istituire una commissione di esperti incaricata di rispondere, all'attenzione del capo del dipartimento, alle domande poste con il postulato Vermot-Mangold del 17 giugno 2004 (04.3367 - Protezione efficace dei fanciulli in caso di rapimento da parte di un genitore). La commissione è stata altresì incaricata di avanzare proposte di miglioramento sul piano legislativo e su quello pratico nell'ambito della trattazione di casi di rapimento internazionale di minori, esaminando in particolare le possibilità di applicare in modo più favorevole ai fanciulli le disposizioni della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale dei minori (RS 0.211.230.2).

Con la decisione menzionata sono stati nominati i seguenti membri della commissione: Andreas Bucher (presidente), professore di diritto internazionale privato all'Università di Ginevra; Christoph Häfeli, professore e segretario della Conferenza delle autorità cantonali di tutela; il giudice federale Niccolò Raselli, presidente della II Corte civile del Tribunale federale; Marianne Galli-Widmer, avvocato e mediatrice familiare, membro del comitato della Federazione Svizzera delle Associazioni di Mediazione SDM-FSM; Heinrich Nufer, pedagogo e psicologo dell'infanzia. Con decisione del 3 giugno 2005, sulla base della proposta del Markus Notter, consigliere di Stato del Cantone di Zurigo, il DFGP ha nominato membro della commissione anche Annegret Katzenstein-Meier, giudice d'appello e presidente della Camera d'accusa presso il Tribunale d'appello del Cantone di Zurigo.

La Commissione si è riunita più volte: il 31 maggio, il 15 agosto, il 14 settembre, il 24 e il 25 ottobre, il 22 novembre e il 6 dicembre 2005. Sono stati invitati a partecipare alla maggior parte di tali sedute anche Monique Jametti Greiner, avvocato e vicedirettrice dell'Ufficio federale di giustizia e David Urwyler, capo del servizio di protezione internazionale dei minori.

Nel corso della seduta del 22 novembre 2005 la Commissione ha effettuato uno scambio di idee con gruppi particolarmente interessati. Hanno partecipato alla seduta: il consigliere federale Ch. Blocher, le consigliere nazionali V. Hubmann, L. Meier-Schatz, R. G. Vermot-Mangold, il consigliere nazionale U. Siegrist, i professori A. Bonomi (Losanna), P. Breitschmid (Zurigo), P. Pichonnaz (Friburgo), I. Schwander (San Gallo), J. Zermatten (Sion) e le signore L. Hurni-Caille (Difesa dei Bambini-Internazionale), A. Hausheer (segreteria centrale famiglie monoparentali) e il signor R. Widmer (Servizio sociale internazionale). Il 21 novembre 2005 il presidente della commissione si è incontrato con la consigliera nazionale Doris Leuthard.

La commissione ha preso in considerazione tutti gli interventi parlamentari presentati recentemente, e in particolare:

- 04.3367 Postulato Vermot-Mangold del 17 giugno 2004 (Protezione efficace dei fanciulli in caso di rapimento da parte di un genitore), accolto dal Consiglio federale il 24 settembre 2004 e dal Consiglio nazionale il 17 dicembre 2004¹;
- 03.3214 Mozione Vermot-Mangold del 7 maggio 2003 (Convenzione dell'Aia sul rapimento internazionale di minori. Protezione del fanciullo); il 19 settembre 2003 il Consiglio federale ha proposto di trasformare la mozione in postulato; il 13 giugno 2005 la mozione è stata accolta come postulato dal Consiglio nazionale²;

¹ Boll. Uff. N 2004 pag. 2173, allegati, pag. 200.

² Boll. Uff. N 2005 pag. 782, allegati, pag. 56.

- 03.3208 Interpellanza Hubmann del 7 maggio 2003 (protezione dei fanciulli), con risposta del Consiglio federale del 9 settembre 2003; discussione in Consiglio nazionale il 13 giugno 2005; intervento liquidato;³
- 03.3235 Mozione Leuthard dell'8 maggio 2003 (Benessere del fanciullo e Convenzione dell'Aia), accolta dal Consiglio nazionale il 3 ottobre 2003 e dal Consiglio degli Stati il 3 marzo 2004⁴.

La commissione ha inoltre preso atto di interventi parlamentari precedentemente liquidati (Interpellanza Fankhauser 85.579, Rapimenti di minori; Interpellanza Aeppli Wartmann 98.3122, Rapimenti di bambini; Mozione Aeppli Wartmann 98.3672, Lotta al rapimento di fanciulli).

La Fondazione svizzera del Servizio sociale internazionale ha messo a disposizione della commissione un rapporto dettagliato sul rapimento internazionale di fanciulli e sulle esperienze acquisite in materia. Rolf Widmer, direttore della fondazione, è stato ascoltato in occasione della seduta del 25 ottobre 2005.

Conformemente al mandato ricevuto, la commissione struttura le risposte e le proposte in tre parti:

- I. risposte alle domande poste nel postulato Vermot-Mangold del 17 giugno 2004;
- II. progetto di legge federale sul rapimento internazionale di minori;
- III. proposte di adeguamento della Convenzione dell'Aia del 1980.

A queste sezioni approvate dalla commissione segue il rapporto complementare del presidente della commissione. Pur non essendo stato formalmente emanato dalla commissione, detto rapporto è servito da base per i lavori commissionari.

Breve riassunto delle risposte e delle proposte

Risposte alle domande poste nel postulato Vermot-Mangold del 17 giugno 2004

La Convenzione dell'Aia del 1980 verte sul principio della restituzione del minore rapito, principio oggi condiviso e rispettato da più di 70 Stati. Nell'ambito delle relazioni internazionali non deve essere possibile che un genitore sottragga il figlio comune all'altro genitore e lo trasferisca, dallo Stato di soggiorno della famiglia, in un altro Stato in cui spera di ottenere condizioni normative più favorevoli quanto all'affidamento. La Commissione parte dal presupposto che la Convenzione dell'Aia contribuisca in modo essenziale alla *lotta contro il rapimento internazionale di minori* e che anche in futuro continuerà a fungere da riferimento. Tale posizione è conforme alle esigenze sancite dagli articoli 11 Cost., 11 della Convenzione sui diritti del fanciullo e 8 CEDU.

Come per ogni Autorità centrale estera, il *ruolo dell'Autorità centrale svizzera* è definito innanzitutto nella Convenzione dell'Aia. In linea di principio l'Autorità centrale svolge un ruolo di informazione, comunicazione, organizzazione e assistenza nella soluzione di casi di rapimenti di minori. Le attività dell'Autorità centrale sono sufficientemente definite dal profilo giuridico e determinate in modo da poter essere svolte sulla base della documentazione interna. I tribunali svizzeri

³ Boll.Uff. N 2005 pag. 781, allegati pag. 44.

⁴ Boll.Uff. N 2003 pag. 1723, allegati pag. 442 ; Boll.Uff. S 2004 pag. 37.

possono rivolgersi all'Autorità centrale per informazioni e assistenza, in particolare per ottenere informazioni dallo Stato di provenienza o per facilitare la collaborazione con le autorità di tale Stato. È possibile apportare miglioramenti e la commissione formula proposte in tal senso.

Proposte per la trattazione di casi di rapimenti internazionali di minori

1. *Procedura più rapida e più snella*

In ogni Cantone vi deve essere un'unica istanza competente per giudicare le domande volte al ritorno di fanciulli rapiti da un genitore. Resta aperta la via del ricorso al Tribunale federale. Ogni Cantone deve prevedere una procedura semplice e rapida.

2. *Valutazione e difesa degli interessi del minore nel corso della procedura*

Prima che il tribunale dia avvio all'acquisizione di informazioni occorre ricercare una soluzione consensuale del litigio. L'Autorità centrale e i tribunali devono far ricorso a specialisti non giuristi. Collaborando con i Cantoni, l'Autorità centrale provvede a creare una rete di specialisti e istituzioni disponibili. Occorre ascoltare il minore e nominargli un curatore.

3. *Valutazione delle domande in vista del ritorno tenendo conto dell'interesse del minore*

Per applicare la Convenzione tenendo in considerazione il bene del minore, come richiesto in diversi interventi parlamentari, occorre coinvolgere in misura maggiore il fanciullo e il suo curatore nella procedura e porre ancor più l'accento sugli sforzi tesi alla conciliazione e alla mediazione, facendo ricorso nel limite del possibile anche a consulenti non giuristi.

La commissione propone inoltre di precisare le modalità d'applicazione della Convenzione dell'Aia, rilevando che il tribunale deve accertarsi della situazione in cui si troverebbe il fanciullo una volta rientrato. Se il minore non può essere affidato al genitore rimasto nel Paese di provenienza, occorre chiarire se il genitore rapitore è in grado di accompagnare il figlio o se ci si può attendere che lo accompagni. Prima di emanare una decisione di ritorno occorre considerare che una separazione dai genitori e un collocamento presso estranei rappresentano spesso una considerevole minaccia per il minore.

4. *Esecuzione della decisione di ritorno*

La decisione di ritorno in futuro dovrà regolare anche le modalità dell'esecuzione ed essere esecutiva in tutta la Svizzera. Nel limite del possibile l'esecuzione deve avvenire di comune accordo e non deve arrecare danni inammissibili al minore.

5. *Misure preventive di protezione*

La prassi dovrebbe chinarsi maggiormente sulla problematica rappresentata dal rischio di rapimento di minori, soprattutto in relazione ai divorzi.

La commissione propone l'adozione di una *legge federale sul rapimento di minori*. Il relativo progetto (in italiano, tedesco e francese) si trova nella parte II del presente rapporto, seguito dal commento alle singole disposizioni.

Nella parte III la commissione formula inoltre le proposte che la Svizzera può avanzare in occasione della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, in adempimento della mozione Leuthard dell'8 maggio 2003 (03.3235; Benessere del fanciullo e Convenzione dell'Aia).

La commissione accoglie con favore l'intenzione della Confederazione di ratificare la Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità parentale e di misure di protezione dei minori.

I. Risposte alle domande formulate nel postulato Vermot-Mangold del 17 giugno 2004

1. *Quali situazioni decisionali critiche sorgono riguardo a tutti i rimpatri di fanciulli in provenienza dalla Svizzera e a tutte le domande di rimpatrio respinte anche dopo il 1° gennaio 2000, data dell'entrata in vigore della nuova Costituzione federale? Per lo sviluppo dei fanciulli in questione rimpatriati volontariamente o forzatamente quali effetti concreti hanno avuto le decisioni prese?*

a) Le situazioni decisionali critiche sorgono praticamente in ogni caso in cui il ritorno non avviene volontariamente. Se si tratta di un rapimento illecito secondo la Convenzione dell'Aia, poiché lesivo del diritto del genitore legittimo affidatario rimasto nello Stato di provenienza del minore, in linea di principio il fanciullo deve essere rimpatriato. Se ciò non avviene volontariamente, di regola un ritorno ordinato da un'autorità rappresenta un peso sia per il genitore autore del rapimento che per il fanciullo. Secondo la Convenzione, è possibile prescindere da un ritorno soltanto in un numero molto limitato di casi, in particolare qualora il ritorno ponesse il minore in una situazione intollerabile.

b) La Convenzione dell'Aia verte sul principio della restituzione del minore sottratto illecitamente, principio oggi condiviso e rispettato da più di 70 Stati. Nell'ambito delle relazioni internazionali non deve essere possibile che un genitore sottragga il figlio comune all'altro genitore e lo trasferisca, dallo Stato di soggiorno della famiglia, in un altro Stato (spesso molto lontano) e ne ricavi in tal modo un vantaggio. Tale vantaggio può consistere nel fatto che il genitore autore del rapimento (coniugato, divorziato o celibe) si garantisca un contatto (possibilmente) esclusivo con il minore, così da avere più possibilità di ottenere da parte dei tribunali del Paese in cui ha condotto il minore una nuova valutazione del diritto all'affidamento, a lui più favorevole di quanto sarebbe stato il caso nello Stato in cui il fanciullo risiedeva precedentemente. Tale vantaggio non merita una protezione giuridica e occorre quindi impedire il verificarsi di simili situazioni.

c) Nell'applicazione della Convenzione non è possibile evitare di imbattersi in casi di rigore. La commissione ha l'incarico di esaminare con quali mezzi pratici e legislativi sia possibile trovare soluzioni che rendano le conseguenze dei rapimenti il più possibile tollerabili per i fanciulli che le subiscono. La commissione parte dal presupposto che la Convenzione dell'Aia contribuisca in modo essenziale alla lotta contro il rapimento internazionale di minori e che anche in futuro continuerà a fungere da riferimento in tale ambito. Denunciando questo importante strumento applicabile al rapimento di minori, nel caso in cui un fanciullo residente in Svizzera fosse rapito e portato all'estero da un genitore, la Svizzera non potrebbe sostanzialmente più contare su un sostegno garantito da un trattato internazionale finalizzato al ritorno del minore presso il genitore rimasto nel nostro Paese. Inoltre, i tribunali esteri non accorderebbero un diritto di visita in favore del genitore rimasto in Svizzera, se tale diritto dovesse contemplare un soggiorno anche solo temporaneo del minore nel nostro Paese, poiché in assenza di un trattato internazionale non vi sarebbe alcuna garanzia del ritorno del fanciullo, se trattenuto abusivamente in Svizzera.

d) Nella prima parte della domanda viene menzionata la nuova Costituzione federale (Cost.): occorre chiarire se l'applicazione di determinate disposizioni costituzionali, in particolare l'articolo 11, ma anche gli articoli 13 e 14, permette di rendere meno critiche le situazioni decisionali che sorgono in caso di rapimento di minori.

aa) Il diritto internazionale prevale rispetto al diritto interno, e quindi anche rispetto alla Costituzione federale (art. 191 Cost.; art. 1 cpv. 2 LDIP). L'entrata in vigore della Costituzione federale non ha pertanto potuto avere alcuna influenza

sull'applicazione della Convenzione dell'Aia. Questo non esclude tuttavia che i valori tutelati nella nuova Costituzione, quali quelli contemplati dal suo articolo 11, possano essere presi in considerazione per l'interpretazione di nozioni giuridiche indeterminate contenute nella Convenzione, come pure per questioni da regolare nell'ambito del diritto interno (soprattutto concernenti la procedura); veda- si in merito la parte II del presente rapporto.

- bb) La situazione è analoga dall'entrata in vigore della Convenzione del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo (RS 0.107). Questa Convenzione sancisce numerosi diritti in favore dei fanciulli ed esige che l'interesse superiore del fanciullo costituisca una considerazione permanente (art. 3 cpv. 1). Per quanto attiene ai rapimenti di minori, l'articolo 11 della Convenzione prevede quanto segue:

“1. Gli Stati parti adottano provvedimenti per impedire gli spostamenti ed i non-ritorni illeciti di fanciulli all'estero.
2. A tal fine, gli Stati parti favoriscono la conclusione di accordi bilaterali o multilaterali oppure l'adesione ad accordi esistenti.”

La Convenzione sui diritti del fanciullo rinvia quindi in primo luogo alla Convenzione dell'Aia⁵. Questa Convenzione può pertanto influenzare l'applicazione e l'interpretazione della Convenzione dell'Aia soltanto nella misura in cui il contenuto di quest'ultima lo permette.

- cc) In relazione all'articolo 8 CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che l'obbligo degli Stati membri di tutelare la famiglia comprende l'obbligo di applicare i trattati internazionali vigenti, e in particolare la Convenzione dell'Aia, in caso di rapimento di minori⁶.

e) Non è possibile rispondere alla seconda parte della domanda in termini generali. Nei casi in cui è stato eseguito un ritorno, la sorte del minore è determinata dalle condizioni familiari, sociali ed economiche nel suo Stato di residenza. In alcune famiglie il ritorno del minore permette di creare una situazione di nuova stabilità. In altri casi permangono delle difficoltà. Sarebbe interessante conoscere la sorte dei fanciulli ritornati sulla base di una sentenza elvetica o che hanno dovuto addirittura essere rimpatriati con la forza.

La commissione ha dovuto prendere atto che a una simile domanda non può essere data una risposta completa e affidabile. Un'inchiesta effettuata dall'Autorità centrale su iniziativa della commissione lo ha confermato. Da un lato ciò è dovuto al fatto che l'Autorità centrale svizzera non è informata di tutti i casi portati davanti ai tribunali, non è tenuta sistematicamente al corrente dello svolgimento della procedura e non in tutti i casi le viene notificata la decisione concernente la domanda in vista del ritorno. Inoltre, né l'Autorità centrale, né un'autorità giudiziaria svizzera hanno la possibilità di ottenere informazioni complete sulla situazione dei minori ricondotti all'estero. Non esiste una base legale sulla quale fondarsi per ottenere tali informazioni, attinenti del resto a situazioni personali e familiari su cui gli interessati di regola non sono disposti a esprimersi. Ad eccezione di singoli casi in cui è possibile ottenere informazioni all'estero, la procedura in vista del ritorno termina sotto tutti gli aspetti con la partenza effettiva del minore dalla Svizzera. La situazione potrebbe migliorare (in misura limitata) se i tribunali fossero sollecitati a informare regolarmente le Autorità centrali sui progressi essenziali delle procedure e se nell'ambito della Conferenza dell'Aia si perseguisse una pertinente estensione della collaborazione tra Autorità centrali (cfr. parti II e III del presente rapporto).

⁵ DTF 130 III 530 segg., 533.

⁶ Cfr. Corte eur. DU, Ignaccolo-Zenide, 25.1.2000, Recueil 2000 I p. 205, ' 95; Corte eur. DU, Sylvester, 24.4.2003, § 57; Iglesias, 29.4.2003, Recueil 2003 V pag. 247, § 51; Maire, 26.6.2003, Recueil 2003 VII pag. 309, § 72; DTF 123 II 419 segg., 423.

D'altro lato la commissione ha anche dovuto constatare che l'Autorità centrale svizzera non è in grado di ottenere informazioni riguardanti i minori ritornati dall'estero e di trasmetterle alle autorità degli Stati interessati.

2. *Qual è il ruolo dell'Autorità centrale della Confederazione in materia di rapimento internazionale di fanciulli e che cosa stabilisce il regolamento interno del dipartimento?*

Il ruolo dell'Autorità centrale svizzera, come per tutte le Autorità centrali estere, è definito nella Convenzione dell'Aia⁷. In linea di principio i compiti dell'Autorità centrale consistono in informazione, trasmissione, organizzazione e assistenza nell'ambito della soluzione di casi di rapimento di minori. Tali compiti sono definiti nell'articolo 7 capoverso 2 della Convenzione, disposizione citata al numero 2.1.

I dettagli di questi compiti sono definiti nella «Guide de bonnes pratiques»⁸, pubblicata nel 2003 con la collaborazione dei delegati svizzeri nell'ambito della Conferenza dell'Aia. Ulteriori indicazioni pratiche concernenti la collaborazione delle Autorità centrali risultano dai regolari incontri organizzati dalla Conferenza dell'Aia al fine di esaminare il funzionamento della Convenzione.

Non esiste un particolare regolamento interno al dipartimento. La commissione non ritiene che vi sia la necessità di crearne uno. Oltre alla citata «Guide de bonnes pratiques», dal 1997 il personale delle Autorità centrali dispone inoltre per uso interno di dettagliate direttive per la trattazione di casi di rapimento internazionale di minori e di conflitti relativi ai diritti di visita, come pure di un'ampia raccolta di moduli e istruzioni.

Dal profilo giuridico i compiti dell'Autorità centrale sono sufficientemente determinati, mentre dal punto di vista pratico una documentazione interna ne definisce i dettagli. Ciò non significa che non insorgano mai problemi che potrebbero essere risolti in modo più efficace. Tali problemi vanno tuttavia affrontati con soluzioni mirate, e non con una raccolta generale e complessiva di disposizioni.

2.1 *Quali compiti dettagliati, diritti d'intervento e obblighi sono demandati all'Autorità centrale e su quali basi giuridiche questi si fondano?*

I compiti dell'Autorità centrale sono dettagliatamente descritti nella Convenzione. Secondo l'articolo 7 capoverso 2, l'Autorità centrale deve in particolare adottare tutti i provvedimenti atti a:

- a) localizzare il minore trasferito o trattenuto illecitamente;
- b) prevenire nuovi pericoli per il minore o pregiudizi per le parti interessate prendendo o facendo prendere provvedimenti provvisori;
- c) assicurare la consegna volontaria del minore o facilitare una soluzione in via amichevole;
- d) scambiare, se opportuno, informazioni relative alla situazione sociale del minore;
- e) fornire informazioni generali, riguardanti il diritto del loro Stato, relative all'applicazione della Convenzione;
- f) avviare un procedimento giudiziario o amministrativo, o favorirne l'apertura, al fine di ottenere il ritorno del minore e, se del caso, di permettere il disciplinamento o l'esercizio effettivo del diritto di visita;
- g) concedere o facilitare, se del caso, l'ottenimento del patrocinio giudiziario e giuridico, compresa la partecipazione di un avvocato;

⁷ Per il ruolo dell'Autorità centrale nell'ambito della Convenzione del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento (RS 0.211.230.01), cfr. gli articoli 3 e 5 di tale Convenzione.

⁸ 1^a parte: Pratiques des autorités centrales, 2^a parte: Mise en œuvre.

- h) assicurare sul piano amministrativo, se necessario ed opportuno, il ritorno senza pericolo del minore;
- i) mantenere reciproche informazioni sul funzionamento della Convenzione ed eliminare, per quanto possibile, eventuali ostacoli sorti al momento della sua applicazione.

Ulteriori indicazioni dettagliate sono reperibili nella documentazione menzionata, e in particolare nella «Guide de bonnes pratiques».

Se si tratta del rapimento di un minore in Svizzera, all'Autorità centrale spettano soprattutto i compiti seguenti, che non comportano in linea di massima conseguenze finanziarie per gli interessati (art. 26 della Convenzione):

- localizzazione del minore, se risulta essere stato rapito in Svizzera e se il suo luogo di soggiorno è sconosciuto (se possibile con l'ausilio della polizia aeroportuale o di frontiera);
- consulenza alle persone che desiderano presentare una domanda in vista del ritorno del minore, compresa la preparazione di tutta la documentazione necessaria e la nomina di un rappresentante legale, come pure la preparazione di una richiesta di patrocinio gratuito;
- informazione e consulenza al genitore autore del rapimento;
- assistenza nella ricerca di una soluzione consensuale;
- presa di contatto con le autorità tutorie del luogo di soggiorno del minore, al fine di adottare eventuali misure di protezione, incluse quelle atte a impedire la fuga;
- assistenza alle parti e alle autorità cantonali nella preparazione del ritorno volontario;
- esame della completezza della domanda in vista del ritorno del minore e trasmissione al tribunale cantonale competente;
- comunicazione ai tribunali cantonali interessati (in particolare in caso di procedura di divorzio avviata in Svizzera) che non possono statuire nel merito del diritto di custodia (art. 16 della Convenzione);
- presa di contatto, in ogni fase della procedura e a seconda delle necessità, e collaborazione con gli uffici della gioventù, gli organi cantonali di coordinamento in caso di rapimento di minori, le rappresentanze di svizzeri all'estero, i consolati e ogni altra istituzione in grado di contribuire al chiarimento della situazione del minore e dei genitori nonché al componimento del litigio; l'Autorità centrale può rivolgersi anche a istituzioni del settore privato, come il Servizio sociale internazionale;
- presa di contatto e collaborazione con l'Autorità centrale estera o con altre autorità che si occupano del caso, e con i tribunali dello Stato nel quale il minore risiedeva abitualmente immediatamente prima di essere rapito;
- consulenza e assistenza nell'esecuzione di una decisione di ritorno che deve essere eseguita dalle autorità cantonali.

Per quel che concerne l'attività dell'Autorità centrale in quanto ufficio di collocamento, negli ultimi anni sono sorte difficoltà che rendono necessaria la presentazione di pertinenti proposte in vista di una revisione della procedura (cfr. parte II del presente rapporto).

Spesso l'Autorità centrale riesce a regolare la situazione rendendo attenti gli interessati all'obbligo di restituire il minore rapito, obbligo giuridico fondamentale sancito in particolare dalla Convenzione dell'Aia. In altri casi, i primi colloqui di conciliazione possono rivelarsi risolutivi. L'Autorità centrale ricorre il più possibile all'aiuto di terzi, in particolare collaborando con gli organi di protezione della gioventù, quelli che si basano sul volontariato e quelli istituiti in base al diritto civile, con le autorità tutorie e talvolta anche con i consolati dello Stato d'origine delle parti coinvolte. Il poco tempo a disposizione, gli effettivi ridotti e la conoscenza relativamente limitata del singolo caso non consentono all'Autorità centrale una trattazione e una conciliazione approfondite, che richiederebbero anche il ricorso a specialisti al di fuori

dell'ambito giuridico. Inoltre, simili sforzi presuppongono la presenza di entrambi genitori e la loro disponibilità a cooperare per trovare una soluzione. I costi legati a tali sforzi possono pure rivelarsi un ostacolo.

Nella prassi, l'Autorità centrale è l'istituzione che raccomanda al richiedente estero di nominare un avvocato in Svizzera, nel Cantone di residenza del minore. In tal modo l'Autorità centrale chiarisce che non rappresenterà il richiedente e non è responsabile dell'agire e dei costi del suo rappresentante legale. Ciò può rivelarsi ragionevole nei casi in cui trattative svoltesi a livello privato sono in seguito fallite. In altri casi, tuttavia, il conflitto si trasforma subito in litigio giuridico, ciò che spesso pregiudica il tentativo di giungere a una soluzione amichevole e complica notevolmente le trattative private tra genitori o addirittura le impedisce. In questo senso non sono completamente adempite le disposizioni della Convenzione che impongono all'Autorità centrale di adottare in primo luogo ogni provvedimento atto a favorire il più possibile il ritorno volontario del minore (art. 7 cpv. 2 lett. c; art. 10).

Per l'Autorità centrale non è facile nemmeno profilarsi quale intermediario oggettivo ed equilibrato agli occhi del genitore autore del rapimento. Dal punto di vista della funzione che è chiamata a svolgere, l'Autorità centrale è in primo luogo incaricata di ottenere o facilitare la restituzione del minore. In questo senso essa è più vicina agli interessi dell'autore dell'istanza. La presa di contatti con il genitore autore del rapimento è pure pregiudicata dal nome con cui viene designata l'Autorità centrale: «Servizio di protezione internazionale dei minori». Tale denominazione veicola una falsa immagine all'indirizzo del genitore autore del rapimento, che si fa un'idea parziale del vero compito che spetta all'Autorità centrale.

L'Autorità centrale è a disposizione dei tribunali svizzeri per informazioni e assistenza, in particolare per ottenere dati dallo Stato di provenienza o per agevolare la collaborazione con le autorità di tale Stato. Attualmente i tribunali ricorrono raramente a questo tipo di aiuto. In caso di difficoltà legate alla lingua potrebbe rivelarsi utile coinvolgere la rappresentanza elvetica sul posto. L'Autorità centrale non ha tuttavia alcun diritto d'intervento nei confronti dei tribunali, che la tengono informata in modo frammentario e generalmente incompleto sullo svolgimento della procedura. L'Autorità centrale può, su richiesta, chiedere informazioni sui motivi legati al prolungarsi eccessivo di una procedura (art. 11 cpv. 2); ciò si limita tuttavia a singoli casi. In questo ambito urgono miglioramenti (cfr. parte II del presente rapporto).

Le domande, così come poste nel postulato, si riferiscono quasi esclusivamente all'Autorità centrale adita in caso di rapimenti avvenuti in Svizzera. Va osservato che questa autorità si assume tutti i compiti che vanno svolti in caso di rapimento di minori dalla Svizzera verso l'estero⁹. Si tratta in primo luogo di fornire informazioni e consulenza al genitore il cui diritto di custodia è stato violato in Svizzera, della ricerca del minore (in particolare con l'ausilio di Interpol), della preparazione e della trasmissione all'estero della domanda in vista del ritorno nonché della presa di contatto e della collaborazione con le autorità estere, in particolare con l'Autorità centrale dello Stato in cui il minore è stato portato. Questa collaborazione funziona bene o molto bene con alcuni Stati, mentre si rivela non facile o addirittura molto difficile con altri Stati. In caso di relazioni difficili, la collaborazione può essere migliorata soltanto agendo a livello internazionale, bilaterale o nell'ambito della Conferenza dell'Aia. In alcuni Stati, come in particolare negli Stati Uniti, il fatto che non esista la possibilità di ottenere un patrocinio gratuito o di trovare una soluzione conveniente riguardo alle conseguenze finanziarie rappresenta un grave svantaggio.

Ci si può rivolgere inoltre all'Autorità centrale anche per chiedere o garantire il disciplinamento o la protezione dell'esercizio effettivo del diritto di visita (art. 21 della Convenzione). L'Autorità centrale svolge quindi compiti di informazione, conciliazione e collaborazione con autorità in Svizzera e all'estero, analoghi a quelli in caso di rapimento di minori.

⁹ Negli ultimi cinque anni le domande in vista del ritorno trasmesse all'estero sono state più del doppio di quelle ricevute in Svizzera (171 trasmesse all'estero e 84 ricevute in Svizzera).

Ogni anno l'Autorità centrale si occupa in media da 100 a 120 casi. Un terzo di essi concernono il diritto di visita. Dei 70 - 80 casi di rapimento, da 20 a 30 riguardano il rapimento di minori dall'estero verso la Svizzera.

Le domande presentate alla commissione concernenti lo svolgimento della procedura si riferiscono soltanto all'Autorità centrale della Confederazione. Si pongono tuttavia importanti questioni anche in relazione al ruolo svolto dai tribunali, questioni che verranno analizzate più approfonditamente (cfr. parte II del presente rapporto).

2.2 *Come sono disciplinate in seno all'Autorità centrale la gestione degli incarti e la responsabilità dei casi (gestione globale)?*

I casi vengono assegnati ai collaboratori del Servizio a seconda della loro disponibilità o del carico di lavoro, tenendo conto delle loro conoscenze linguistiche. I collaboratori dispongono di conoscenze e di istruzioni (precedentemente citate) che gli permettono di trattare i casi in modo sostanzialmente autonomo. Il contatto con i superiori e incontri interni regolari consentono di lavorare in modo adeguato e omogeneo. In caso di atti voluminosi viene allestito un elenco.

Per la trattazione giuridica dei casi, il Servizio di protezione internazionale di minori mette a disposizione una percentuale di occupazione appena del 200 per cento (oltre al 160 per cento per le adozioni e al 20 per cento per le misure di protezione). Con un simile effettivo in termini di personale non è possibile allestire una struttura di gestione globale dei casi (*case management*).

2.3 *In casi sospetti o di accuse precise di cattivi trattamenti o d'abusi sessuali inflitti a un fanciullo, come si comporta l'Autorità centrale se nel corso della procedura ne viene a conoscenza tramite documenti o comunicazioni dirette? Come reagisce se fanciulli con la cittadinanza svizzera subiscono simili trattamenti all'estero da parte di un genitore che domanda il rimpatrio?*

Se si tratta del rapimento di un minore dall'estero verso la Svizzera, l'Autorità centrale verifica che nello Stato di provenienza del fanciullo siano state avviate le pertinenti indagini e adottate le misure necessarie; se ciò è il caso, si informa sull'avanzamento della procedura. Se nulla è stato avviato, l'Autorità centrale raccomanda al genitore autore del rapimento di intraprendere o far intraprendere i passi necessari nello Stato di provenienza oppure si attiva direttamente. Inoltre l'Autorità centrale ha l'obbligo di denunciare i reati perseguibili in Svizzera.

In Svizzera si tiene in linea di principio conto dei risultati dei chiarimenti effettuati all'estero. Se tuttavia vi sono seri indizi che i minori di cui è chiesto il ritorno sono stati in qualche modo vittima di maltrattamenti e se non si può escludere che in caso di ritorno possano essere esposti a ulteriori violenze, il tribunale competente effettua d'ufficio i chiarimenti necessari e al momento di emanare la sua decisione tiene conto delle risposte ottenute.

L'Autorità centrale non dispone né della competenza giuridica, né di quella materiale per dare seguito a sospetti o accuse o per emanare decisioni.

3. *Come si garantisce che l'audizione dei fanciulli in questione, indispensabile conformemente alla Convenzione sui diritti del fanciullo, sia condotta da specialisti competenti e indipendenti?*

La decisione relativa all'audizione del fanciullo spetta al giudice che si occupa della domanda in vista del ritorno (anche secondo l'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo). Il tribunale

tiene conto della giurisprudenza pertinente, in particolare di quella relativa all'articolo 144 capoverso 2 CC in materia di diritto del divorzio e all'articolo 314 numero 1 CC¹⁰. Quando risulta opportuno, per l'audizione il tribunale può ricorrere all'ausilio di specialisti indipendenti e non giuristi. La commissione avanza pertinenti proposte al fine di apportare ulteriori miglioramenti alla prassi nell'ambito particolare del rapimento di minori (cfr. parte II del presente rapporto).

4. *In caso di conflitto d'interessi che oppongono i genitori e i fanciulli coinvolti, è garantita una protezione giuridica propria, almeno nel procedimento giuridico in Svizzera? Viene istituito un rappresentante giuridico per i fanciulli, come è d'uso in altri procedimenti giuridici in Svizzera, in modo analogo all'istituzione di un rappresentante legale gratuito che agisce per conto del genitore che domanda il rimpatrio del fanciullo?*

Finora nella prassi al minore non è di regola mai stato assegnato un rappresentante legale proprio, e quando ciò è avvenuto, è perché vi è stata una precedente richiesta in tal senso da parte di un genitore.

La prassi restrittiva si spiega tra l'altro con il fatto che il curatore del minore spesso tende a riprendere la condotta del genitore autore del rapimento, invece di valutare in modo autonomo la situazione prendendo come riferimento la relazione tra fanciullo e genitori. L'ideale sarebbe che l'avvocato del minore funga piuttosto da rappresentante legale intermediario.

Nel caso australiano W., le autorità cantonali hanno nominato un avvocato in qualità di curatore dei minori, legittimato anche a interporre ricorso davanti al Tribunale federale in nome dei fanciulli¹¹. Il Tribunale federale ha accolto il ricorso della madre e quello dei figli, giudicandoli soltanto in parte con gli stessi argomenti. Le pretese del genitore autore del rapimento e quelle dei figli sono quindi state valutate su basi diverse, ciò che rende necessaria una rappresentazione autonoma dei minori.

La commissione ha approfondito tali questioni e ha presentato pertinenti proposte (cfr. parte II del presente progetto).

Appare inoltre opportuno rilevare che la trattazione di casi relativi a rapimenti di minori richiede la collaborazione di specialisti particolarmente qualificati. Ciò vale in particolare anche per gli avvocati, i giudici e i membri delle forze di polizia¹². Tale esigenza concerne anche i responsabili della formazione universitaria e degli avvocati¹³.

5. *Perché l'esigibilità di un rimpatrio o la separazione da un genitore non viene valutata da una commissione speciale interdisciplinare (psicologo, giudice, assistente sociale)? Come potrà essere garantito in seguito che le eventuali perizie allestite nei confronti dei minori siano utilizzate anche in caso di procedimento all'estero?*

In Svizzera la decisione relativa alla restituzione di minori rapiti rientra nella sfera di competenza delle autorità giudiziarie. Occorre distinguere da questo principio inviolabile la questione relativa

¹⁰ DTF 124 III 90 segg., 93 seg.; 126 III 497 segg.; 127 III 295 segg., 296 seg.; 131 III 553 segg.; DTF 23.9.2005, 5C.209/2005, cons. 3.

¹¹ DTF 18.5.2004, 5P.151/2004, AJP 2005 pag. 106, SZIER 2005 pag. 394.

¹² Cfr. la raccomandazione 1291 (2002)1 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sul rapimento internazionale di minori da parte di un genitore, n. 5(2).

¹³ Ciò concerne da un lato la formazione in materia di diritto internazionale della famiglia e dall'altro l'inclusione di aspetti non giuridici nell'ambito più ampio relativo alle scienze della famiglia. In merito a quest'ultimo punto, cfr. Ingeborg Schwenger/Sabine Aeschlimann, Towards a New Academic Discipline of Family Sciences, International Law FORUM en droit international 2005, pag. 178-185.

all'opportunità per i tribunali di ricorrere in misura maggiore alla consulenza interdisciplinare. La commissione ritiene che una simile consulenza sia opportuna e presenta pertinenti proposte in merito (cfr. parte II del presente rapporto).

Le perizie ordinate o ricevute dall'Autorità centrale o da un tribunale svizzero fanno parte degli atti e vengono trattate in via confidenziale. Spetta a ogni parte decidere se produrre una perizia a un'altra autorità all'estero. L'autorità estera decide quindi in modo autonomo se e in che misura ammettere la perizia nella procedura o se basare addirittura la propria decisione su tale documento. Non vengono trasmessi documenti all'estero d'ufficio, senza il consenso delle persone interessate.

6. *Come viene garantito che, prima di un rimpatrio, siano esattamente prestabilite le condizioni quadro sociali, giuridiche e finanziarie cui sottostanno i fanciulli e il genitore rapitore e dunque "colpevole" e siano preventivamente preparate le pertinenti misure accompagnatorie? A questo proposito come è disciplinata la cooperazione con il Servizio sociale internazionale (SSI) che, nella maggior parte dei Paesi, dispone di sezioni nazionali?*

Prima che il tribunale svizzero decida in merito all'obbligo di restituire il fanciullo, nell'ambito della Convenzione dell'Aia può rivelarsi necessario conoscere la situazione psicosociale e socio-economica in cui verrà a trovarsi il minore una volta ritornato. Un tale chiarimento può rivelarsi necessario per valutare se sono soddisfatte le condizioni dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b e se pertanto il ritorno deve essere negato. Questa valutazione deve essere effettuata prima di prendere una decisione. Di regola, in base alla prassi attuale, simili informazioni vengono raccolte raramente. Occorre considerare che, a seconda dello Stato estero interessato, tali chiarimenti possono rivelarsi difficili da ottenere. È possibile ricorrere alle prestazioni del Servizio sociale internazionale nei Paesi in cui vi sono suoi corrispondenti. Dopo la decisione giudiziaria, il margine di manovra svizzero nei confronti delle parti e delle autorità estere è molto limitato. Dopo aver deciso che il minore deve essere rimpatriato, secondo la prassi attuale l'autorità giudiziaria non si informa sulla situazione in cui si troverà il minore dopo il suo ritorno o effettua soltanto pochi chiarimenti. In determinati casi l'Autorità centrale viene coinvolta per l'organizzazione del ritorno. La commissione si è chinata in modo approfondito su questa problematica (cfr. parte II del presente rapporto).

Si tratta di stabilire come tali chiarimenti vadano effettuati. Nella prassi, le parti si occupano della preparazione del ritorno e dell'accoglienza del fanciullo nel Paese di provenienza. Nella maggior parte dei casi, dopo il suo ritorno il minore è posto con il genitore rapitore nella stessa situazione in cui si trovava prima del rapimento. In altri casi, meno numerosi e per questo più problematici, sono necessari preparativi particolari, incluso un ritorno accompagnato e una nuova sistemazione dell'alloggio nel Paese di provenienza. I provvedimenti giudiziari eventualmente necessari devono essere ordinati nello Stato di provenienza, su domanda o d'ufficio.

L'Autorità resta a disposizione, su domanda o d'ufficio, per prestare assistenza con misure accompagnatorie in occasione del ritorno o per adottare provvedimenti organizzativi. Essa facilita pure i contatti attraverso l'Autorità centrale dello Stato di provenienza. Se si rivelano necessarie misure coercitive in vista dell'esecuzione, queste vanno adottate dalle autorità cantonali competenti. L'Autorità centrale è a conoscenza di circa dieci casi in cui, dall'entrata in vigore della Convenzione, è stato eseguito o tentato un ritorno forzato.

La collaborazione con il Servizio sociale internazionale è ben accetta ed è richiesta frequentemente. Non esiste in merito una normativa istituzionalizzata, poiché ogni intervento va valutato di caso in caso.

7. *I cittadini svizzeri beneficiano di una protezione consolare in caso di rimpatrio ordinato giudizialmente?*

In relazione al rapimento di minori, l'assistenza fornita dalle autorità è garantita dalle Autorità centrali designate in ogni Stato contraente. Nonostante la Convenzione non escluda il ricorso ai servizi diplomatici o consolari, gli Stati contraenti hanno chiaramente convenuto che l'assistenza necessaria deve essere prestata od ordinata dalle Autorità centrali. In alcuni casi l'Autorità centrale può rivolgersi alla rappresentanza svizzera nello Stato di provenienza del fanciullo, al fine di agevolare la presa di contatti e la comunicazione con le autorità locali e di assistere le persone interessate in occasione del ritorno del minore.

I cittadini svizzeri all'estero possono sempre rivolgersi alla loro rappresentanza consolare al fine di ottenere aiuto. La rappresentanza di regola cercherà dapprima di contattare le autorità competenti. In singoli casi il consolato svizzero avrà la possibilità di fornire o procurare un moderato contributo finanziario.

Nei casi in questione si tratta soprattutto di stabilire se la rappresentanza consolare svizzera nello Stato estero di provenienza può adottare misure che le autorità elvetiche ritengono necessarie per la protezione del minore dopo il suo ritorno. Tale protezione dovrebbe a giusto titolo essere già richiesta alle autorità dello Stato di provenienza quando il minore si trova ancora in Svizzera e l'Autorità centrale del Paese di provenienza chiede il ritorno del fanciullo. Una volta il minore ritornato, per le autorità svizzere è troppo tardi per preoccuparsi dei suoi interessi.

Secondo la Convenzione di Vienna del 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari (RS 0.191.02), la rappresentanza svizzera può occuparsi degli interessi di minorenni svizzeri, soprattutto quando è indicata una messa sotto tutela o curatela (art. 5 lett. h) o può assicurarsi che vengano adottate misure cautelari (art. 5 lett. i); ciò è tuttavia possibile soltanto nei limiti consentiti dalle leggi e dalle norme vigenti nello Stato di provenienza. In base all'esperienza acquisita, tuttavia, simili sforzi non si rivelano più efficaci dei passi intrapresi dai genitori interessati o che possono comunque essere intrapresi d'ufficio.

**II. Progetto di legge federale
sul rapimento internazionale di minori**

Legge federale sul rapimento internazionale di minori

L'Assemblea federale della Confederazione Svizzera,

in esecuzione della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980¹⁴ sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori e della Convenzione europea del 20 maggio 1980¹⁵ sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento, visti gli articoli 11, 54 capoverso 1 e 122 della Costituzione federale¹⁶, visto il messaggio del Consiglio federale del¹⁷,

decreta:

Capitolo 1: Oggetto

Articolo 1

La presente legge contiene disposizioni concernenti il ritorno di minori trasferiti o trattenuti illecitamente nell'ambito di casi internazionali, in particolare in relazione alla Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale di minori.

Capitolo 2: Autorità e specialisti

Art. 2 Autorità centrale

L'Ufficio federale di giustizia del Dipartimento federale di giustizia e polizia è l'Autorità centrale prevista dalle Convenzioni internazionali sul rapimento di minori.

Art. 3 Istanza cantonale

¹ I tribunali superiori cantonali giudicano, come istanza unica, le domande di ritorno di minori rapiti e l'adozione di misure di protezione dei minori. Decidono con una procedura semplice e rapida e disciplinano l'esecuzione.

² I Cantoni designano un'autorità unica preposta all'esecuzione del ritorno del minore.

Art. 4 Competenza

¹ È competente il tribunale del Cantone nel quale il minore soggiorna al momento dell'inoltro della domanda.

² Tale tribunale può trasmettere la causa al tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 di un altro Cantone, se le parti e il tribunale richiesto acconsentono.

Art. 5 Specialisti

¹ In collaborazione con i Cantoni, l'Autorità centrale provvede alla creazione di una rete formata da specialisti e da istituzioni, a disposizione per consulenza, conciliazione e mediazione nonché per la rappresentanza di minori, e in grado di agire con la dovuta sollecitudine.

² La Confederazione può accordare aiuti finanziari a tale scopo.

¹⁴ RS 0.211.230.02

¹⁵ RS 0.211.230.01

¹⁶ RS 101

¹⁷ FF ...

Capitolo 3: Procedura

Art. 6 Procedura di conciliazione e di mediazione

¹ L'Autorità centrale o il tribunale cantonale adito avvia una procedura di conciliazione o di mediazione allo scopo di ottenere la consegna volontaria del minore o facilitare una soluzione in via amichevole.

² Le persone interessate sono adeguatamente esortate a partecipare a questa procedura.

Art. 7 Misure di protezione

¹ Il tribunale a cui è inoltrata la domanda in vista del ritorno del minore

- a) designa un curatore al minore per le questioni riguardanti la procedura;
- b) regola, se necessario, le relazioni personali del minore con i genitori e ordina le misure necessarie a proteggere il minore.

² Il tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 nel Cantone di soggiorno del minore è competente per ordinare, in quanto necessario, queste misure, se l'Autorità centrale ha ricevuto una domanda di ritorno ma tale domanda non è ancora pendente davanti a questo tribunale. L'Autorità centrale può richiedere tali misure al tribunale.

Art. 8 Procedura giudiziaria

¹ Se la procedura di conciliazione o di mediazione non permette di giungere a una soluzione consensuale che porti al ritiro della domanda, il tribunale cantonale decide sulla domanda.

² Il tribunale ascolta il minore personalmente e in maniera adeguata o incarica uno specialista, a meno che la sua età o altri motivi gravi vi si oppongano.

³ Il tribunale, nella misura del possibile, ascolta entrambi i genitori personalmente.

⁴ Il tribunale accerta, se del caso in collaborazione con l'Autorità centrale, se e in che modo può essere eseguito il ritorno del minore nello Stato in cui aveva la dimora abituale immediatamente prima del rapimento.

Art. 9 Collaborazione

Il tribunale collabora se necessario con le autorità competenti dello Stato in cui il minore aveva la dimora abituale immediatamente prima del rapimento, soprattutto per informarsi su quali misure tali autorità possono adottare per proteggere il minore.

Art. 10 Informazione

Il tribunale informa l'Autorità centrale sulle principali fasi procedurali e comunica alla stessa la sua decisione.

Art. 11 Spese

L'articolo 26 della Convenzione dell'Aia del 1980 è applicabile al pagamento delle spese della procedura di conciliazione e di mediazione nonché a quelle della procedura giudiziaria davanti alle istanze cantonale e federale.

Capitolo 4: Decisione

Art. 12 Ritorno e interesse del minore

Il ritorno mette il minore in una situazione intollerabile ai sensi dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b della Convenzione dell'Aia del 1980 segnatamente se:

- a) il collocamento presso il genitore richiedente non corrisponde manifestamente all'interesse del minore;
- b) 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; e
- c) il collocamento presso terzi non corrisponde manifestamente all'interesse del minore.

Art. 13 Opinione del minore

L'opinione del minore ai sensi dell'articolo 13 capoverso 2 della Convenzione dell'Aia del 1980 è determinante anche quando si basa sulle circostanze del rapimento e sulle condizioni di accoglienza in Svizzera, tenendo conto tuttavia dell'influenza diretta esercitata dal genitore che si oppone al ritorno.

Art. 14 Decisione di ritorno

¹ Nella decisione di ritorno vengono disposte misure di esecuzione. La decisione va comunicata alle autorità preposte all'esecuzione.

² La decisione di ritorno e le misure di esecuzione sono valide in tutta la Svizzera.

Art. 15 Esecuzione e interesse del minore

L'autorità incaricata di eseguire la decisione di ritorno agisce prendendo in considerazione l'interesse del minore e cerca di favorire un ritorno volontario.

Art. 16 Rinvio dell'esecuzione

Il tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 può rinviare l'esecuzione della decisione di ritorno se sono sopravvenute delle circostanze straordinarie che vi si oppongono.

Art. 17 Modifica

¹ Se dopo la decisione di ritorno le circostanze sono sostanzialmente mutate dal profilo dei motivi che si oppongono al ritorno, il tribunale designato secondo l'articolo 3 capoverso 1 può, su domanda, modificare la decisione.

² Il tribunale decide anche sull'annullamento dell'esecuzione.

Bundesgesetz über internationale Kindesentführungen

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

in Ausführung des Haager Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung¹⁸ und des Europäischen Übereinkommens vom 20. Mai 1980 über die Annerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts¹⁹,
gestützt auf Artikel 11, 54 Absatz 1 und Artikel 122 der Bundesverfassung²⁰,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom...²¹,

beschliesst

1. Kapitel: Gegenstand

Artikel 1

Dieses Gesetz enthält Bestimmungen betreffend die Rückgabe von Kindern, die in internationalen Fällen widerrechtlich verbracht oder zurückbehalten worden sind, insbesondere im Zusammenhang mit dem Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

2. Kapitel: Behörden und Fachpersonen

Art. 2 Zentrale Behörde

Das Bundesamt für Justiz des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements ist die in den internationalen Übereinkommen betreffend Kindesentführungen vorgesehene Zentrale Behörde.

Art. 3 Kantonale Instanz

¹ Zuständig für die Beurteilung von Gesuchen um Rückgabe von entführten Kindern, einschliesslich der Massnahmen zum Schutze von Kindern, sind die oberen kantonalen Gerichte als einzige Instanzen. Sie entscheiden in einem einfachen und raschen Verfahren und regeln die Vollstreckung.

² Für den Vollzug der Rückgabe des Kindes bezeichnen die Kantone eine einzige Behörde.

Art. 4 Zuständigkeit

¹ Zuständig ist das Gericht des Kantons, in dem sich das Kind im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs aufhält.

² Dieses Gericht kann das Verfahren an das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht eines anderen Kantons abtreten, wenn die Parteien und das ersuchte Gericht damit einverstanden sind.

Art. 5 Fachpersonen

¹ Die Zentrale Behörde sorgt in Zusammenarbeit mit den Kantonen für ein Netzwerk von Fachpersonen und Institutionen, die für die Beratung, Vermittlung und Mediation sowie für die Kindesvertretung zur Verfügung stehen und in der Lage sind, in der gebotenen Eile zu handeln.

² Der Bund kann hierfür Finanzhilfen gewähren.

¹⁸ SR 0.211.230.02

¹⁹ SR 0.211.230.01

²⁰ SR 101

²¹ BBl ...

3. Kapitel: Verfahren

Art. 6 Vermittlungs- und Mediationsverfahren

¹ Die Zentrale Behörde oder das mit dem Gesuch befasste kantonale Gericht leitet ein Vermittlungs- oder Mediationsverfahren ein mit dem Zweck, die freiwillige Rückgabe des Kindes zu bewirken oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen.

² Die betroffenen Personen sind in angemessener Weise zu veranlassen, an diesem Verfahren teilzunehmen.

Art. 7 Schutzmassnahmen

¹ Das mit dem Gesuch um Rückgabe des Kindes befasste Gericht

- a) ernannt dem Kind für die Belange des Verfahrens einen Beistand;
- b) regelt soweit erforderlich den persönlichen Verkehr des Kindes mit den Eltern und erlässt die notwendigen Massnahmen zum Schutze des Kindes.

² Das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht im Aufenthaltskanton des Kindes ist zuständig, diese Massnahmen soweit erforderlich anzuordnen, wenn ein Gesuch um Rückgabe eines entführten Kindes bei der Zentralen Behörde eingegangen, aber bei diesem Gericht noch nicht anhängig gemacht worden ist. Die Zentrale Behörde kann solche Massnahmen beim Gericht beantragen.

Art. 8 Gerichtsverfahren

¹ Lässt sich auf dem Wege der Vermittlung oder Mediation keine Einigung erzielen, die den Rückzug des Gesuchs zur Folge hat, so entscheidet das kantonale Gericht über das Gesuch.

² Das Gericht hört das Kind in geeigneter Weise persönlich an oder beauftragt damit eine Fachperson, soweit nicht das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen.

³ Das Gericht hört so weit als möglich beide Eltern persönlich an.

⁴ Das Gericht vergewissert sich, allenfalls in Zusammenarbeit mit der Zentralen Behörde, ob und auf welche Weise die Rückführung des Kindes in den Staat, in dem das Kind unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, vollzogen werden kann.

Art. 9 Zusammenarbeit

Das Gericht arbeitet soweit erforderlich mit den zuständigen Behörden des Staates zusammen, in welchem das Kind unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, insbesondere um in Erfahrung zu bringen, welche Massnahmen zum Schutz des Kindes von diesen Behörden getroffen werden können.

Art. 10 Information

Das Gericht informiert die Zentrale Behörde über die wesentlichen Verfahrensschritte und teilt ihr den Entscheid mit.

Art. 11 Kosten

Artikel 26 des Haager Übereinkommens von 1980 ist auf die Regelung der Vermittlungs- und Mediationskosten sowie auf die Kosten des Gerichtsverfahrens in den Kantonen und auf Bundesebene anwendbar.

4. Kapitel: Entscheid

Art. 12 Rückgabe und Kindeswohl

Im Sinne von Artikel 13, Absatz 1, Buchstabe b) des Haager Übereinkommens von 1980 bringt die Rückgabe das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage, wenn

- a) die Unterbringung bei dem den Antrag stellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht;
- b) der entführende Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände nicht in der Lage ist oder es ihm offensichtlich nicht zugemutet werden kann, das Kind im Staat zu betreuen, in welchem es unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; und
- c) die Unterbringung bei Drittpersonen offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht.

Art. 13 Meinung des Kindes

Im Sinne von Artikel 13 Absatz 2 des Haager Übereinkommens von 1980 ist die Meinung des Kindes auch dann zu beachten, wenn sie sich auf die Umstände der Entführung und die Aufnahme in der Schweiz stützt, jedoch unter Vorbehalt der unmittelbaren Einflussnahme durch den Elternteil, der sich der Rückgabe widersetzt.

Art. 14 Rückgabeentscheid

¹ Der Rückgabeentscheid ist mit der Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden. Er ist auch der Vollzugsbehörde mitzuteilen.

² Rückgabeentscheid und Vollstreckungsmassnahmen gelten für die ganze Schweiz.

Art. 15 Vollzug und Kindeswohl

Die mit dem Vollzug des Rückgabeentscheids befasste Behörde handelt unter Berücksichtigung des Kindeswohls und wirkt auf einen freiwilligen Vollzug hin.

Art. 16 Aufschub des Vollzugs

Das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht kann den Vollzug des Rückgabeentscheids aussetzen, wenn ausserordentliche Umstände auftreten, die ihm entgegenstehen.

Art. 17 Abänderung

¹ Haben sich die Umstände seit dem Entscheid, der die Rückgabe anordnet, unter dem Gesichtspunkt der einer Rückgabe entgegenstehenden Gründe in wesentlicher Beziehung geändert, so kann das nach Artikel 3 Absatz 1 bezeichnete Gericht auf Antrag den Entscheid abändern.

² Es entscheidet auch über die Einstellung des Vollzugs.

Loi fédérale sur les enlèvements internationaux d'enfants

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

en exécution de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants²² et de la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants²³,
vu les articles 11, 54 alinéa 1er et 122 de la constitution²⁴,
vu le message du Conseil fédéral du...²⁵,

arrête:

Chapitre 1 Objet

La présente loi contient des dispositions relatives au retour d'enfants déplacés ou retenus illicitement dans des cas internationaux, relevant notamment de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Chapitre 2 Autorités et experts

Art. 2 Autorité centrale

L'Office fédéral de la justice du Département fédéral de justice et police est l'autorité centrale prévue dans les Conventions internationales en matière d'enlèvement d'enfants.

Art. 3 Instance cantonale

¹ Sont compétents pour connaître des demandes portant sur le retour d'enfants enlevés ainsi que pour ordonner des mesures de protection de l'enfant, les tribunaux cantonaux supérieurs statuant en instance unique. Ils décident en suivant une procédure simple et rapide et ils règlent également l'exécution.

² Pour l'exécution du retour de l'enfant, les cantons désignent une seule autorité.

Art. 4 Compétence

¹ Est compétent le tribunal du canton de résidence de l'enfant au moment du dépôt de la demande.

² Ce tribunal peut transférer la cause au tribunal désigné par l'art. 3, al. 1, dans un autre canton, si les parties et le tribunal requis en conviennent

Art. 5 Experts

¹ L'autorité centrale veille à établir, en collaboration avec les cantons, un réseau d'experts et d'institutions aptes à fournir des conseils, à procéder à une conciliation ou médiation ainsi qu'à représenter l'enfant et disposés à intervenir d'urgence.

² La Confédération peut fournir un soutien financier.

Chapitre 3 Procédure

Art. 6 Procédure de conciliation et de médiation

²² RS 0.211.230.02

²³ RS 0.211.230.01

²⁴ RS 101

²⁵ FF

¹ L'autorité centrale ou le tribunal cantonal saisi de la demande engage une procédure de conciliation ou de médiation afin d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable.

² Les personnes concernées sont incitées de manière appropriée à participer à cette procédure.

Art. 7 Mesures de protection

¹ Le tribunal saisi de la demande de retour de l'enfant

- a) désigne, pour les besoins de la procédure, un curateur à l'enfant;
- b) règle au besoin les relations personnelles de l'enfant avec les parents et ordonne les mesures nécessaires pour protéger l'enfant.

² Le tribunal désigné par l'art. 3, al. 1, dans le canton de résidence de l'enfant est compétent pour ordonner au besoin ces mesures lorsque l'autorité centrale est saisie d'une demande de retour d'un enfant enlevé, qui n'est pas encore pendante devant de ce tribunal. L'autorité centrale peut requérir du tribunal que de telles mesures soient prises.

Art. 8 Procédure judiciaire

¹ Lorsque la voie de la conciliation ou de la médiation ne permet pas d'aboutir à un accord entraînant le retrait de la demande, le tribunal cantonal décide de celle-ci.

² Le tribunal entend l'enfant personnellement, de manière appropriée, ou nomme un expert à cet effet, pour autant que son âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition.

³ Le tribunal entend dans la mesure du possible les deux parents personnellement.

⁴ Le tribunal vérifie, le cas échéant en collaboration avec l'autorité centrale, si et de quelle manière le retour de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement peut s'effectuer.

Art. 9 Collaboration

Le tribunal collabore si nécessaire avec les autorités compétentes de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement, en particulier pour se renseigner au sujet des mesures que ces autorités peuvent ordonner afin de protéger l'enfant.

Art. 10 Information

Le tribunal informe l'autorité centrale des principales étapes de la procédure et il lui communique sa décision.

Art. 11 Frais

L'article 26 de la Convention de La Haye de 1980 s'applique au règlement des frais de la procédure de conciliation et de médiation ainsi qu'aux frais de procédure devant les instances, cantonale et fédérale.

Chapitre 4 Décision

Art. 12 Retour et intérêt de l'enfant

Au sens de l'article 13, alinéa 1, lettre b) de la Convention de La Haye de 1980, l'enfant est placé dans une situation intolérable en cas de retour notamment lorsque

- a) le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant;
- b) le parent ravisseur, compte tenu de toutes les circonstances, n'est pas en état de prendre soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement ou l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui; et
- c) le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant.

Art. 13 Opinion de l'enfant

Au sens de l'article 13, alinéa 2, de la Convention de La Haye de 1980, l'opinion de l'enfant est également déterminante si elle reflète les circonstances de l'enlèvement et les conditions d'accueil en Suisse, sous réserve toutefois de l'influence directe exercée par le parent qui s'oppose au retour.

Art. 14 Décision de retour

¹ La décision ordonnant le retour de l'enfant est accompagnée des mesures d'exécution. Elle est communiquée à l'autorité d'exécution.

² La décision de retour et les mesures d'exécution prennent effet dans toute la Suisse.

Art. 15 Exécution et intérêt de l'enfant

L'autorité chargée d'exécuter la décision de retour procède en tenant compte de l'intérêt de l'enfant et elle tend à ce qu'elle ait lieu volontairement.

Art. 16 Sursis à l'exécution

Le tribunal désigné d'après l'art. 3, al. 1, peut surseoir à l'exécution de la décision de retour si des circonstances extraordinaires surviennent qui s'y opposent.

Art. 17 Modification

¹ Lorsque, depuis la décision ordonnant le retour de l'enfant, les circonstances ont changé de manière notable sous l'angle des motifs pouvant s'opposer au retour, le tribunal désigné d'après l'art. 3, al. 1, peut, sur requête, modifier la décision.

² Il décide également du non-lieu de l'exécution.

Commento alle disposizioni del progetto di legge federale sul rapimento internazionale di minori

Articolo 1 Scopo

La legge dovrà essere applicabile in linea di principio a tutti i rapimenti di minori nell'ambito internazionale (art. 1 cpv. 1 DIP). Si tratta prevalentemente di casi di rapimento ai quali è applicabile la Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili del rapimento internazionale dei minori²⁶. Alcune disposizioni della legge sono applicabili unicamente se va applicata questa Convenzione (art. 10-12). La legge è applicabile tuttavia anche in relazione alla Convenzione europea del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento²⁷. Alcune disposizioni, soprattutto in relazione alla procedura, possono essere applicabili anche a prescindere da un trattato internazionale.

La legge federale non influisce sulla dottrina monista seguita dalla Svizzera. Le disposizioni dei trattati internazionali menzionati continuano a essere direttamente applicabili per la Svizzera. Lo scopo della legge è quello di disciplinare in modo integrativo determinate questioni, soprattutto riguardo alla procedura e all'esecuzione di decisioni di ritorno, e in alcuni punti di precisare maggiormente il senso e lo scopo della Convenzione dell'Aia²⁸.

Articolo 2 Autorità centrale

La designazione dell'Ufficio federale di giustizia quale Autorità centrale, così come previsto in entrambe le Convenzioni, non era finora stata regolata in una legge. L'articolo 2 fa chiarezza in tal senso.

Articolo 3 Istanza cantonale

Per ridurre la durata spesso eccessiva della procedura, nei Cantoni deve essere prevista un'unica istanza (cpv. 1). Poiché si tratta di procedure che possono essere impugnate fino al Tribunale federale, deve trattarsi dell'autorità cantonale di ricorso (Tribunale superiore, Tribunale cantonale)²⁹. Questa istanza decide dopo una procedura semplice e rapida, disciplinata per il resto dal diritto cantonale.

La competenza di tale istanza cantonale si estende a tutte le decisioni che devono essere emanate in relazione al rapimento di un minore. Oltre all'esame delle domande in vista del ritorno, tali decisioni comprendono anche tutte le misure di protezione necessarie, inclusa la regolamentazione delle relazioni personali tra genitori e figlio durante la procedura, la nomina di un rappresentante del minore nonché le decisioni relative all'esecuzione del ritorno. Se in Svizzera è contemporaneamente pendente una procedura di divorzio, la competenza dell'istanza preposta al caso di rapimento è prioritaria. Se la decisione relativa al ritorno del minore viene impugnata dinanzi al Tribunale federale, la corte cantonale resta competente per l'adozione di eventuali misure di prote-

²⁶ RS 0.211.230.02

²⁷ RS 0.211.230.01

²⁸ Una funzione analoga è svolta anche dalla legge federale del 22 giugno 2001 relativa alla Convenzione dell'Aia sull'adozione e a provvedimenti per la protezione del minore nelle adozioni internazionali (RS 211.221.31).

²⁹ Cfr. art. 75 cpv. 2 della legge federale del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (LTF), che entrerà probabilmente in vigore il 1° gennaio 2007.

zione o per il loro adeguamento. Essa determina le misure da adottare fino al termine della procedura, ossia fino a che il ritorno è stato eseguito. Se il ritorno viene definitivamente rifiutato, la competenza di tutelare gli interessi del fanciullo è trasferita ai tribunali ordinari.

Le autorità comunali e distrettuali locali molto spesso non sono in grado di far fronte all'esecuzione del ritorno all'estero del minore rapito. I Cantoni dovranno pertanto designare un'istanza unica, che disponga delle conoscenze specialistiche necessarie per eseguire simili misure (cpv. 2).

Articolo 4 Competenza

La competenza per territorio spetta al Cantone in cui dimorava il minore rapito (cpv. 1). Anche qui vale il principio secondo cui la competenza, una volta determinata dal trasferimento del criterio di collegamento decisivo, resta acquisita (*perpetuatio fori*). In alcuni casi ciò può rivelarsi poco pratico, soprattutto quando il nuovo luogo di dimora del minore e del genitore rapitore si trova in una altra regione del Paese. Il tribunale competente deve pertanto avere la possibilità di chiedere alla corte preposta al rapimento di minori nel nuovo luogo di dimora se è disposta ad assumersi il caso. Se la risposta è positiva e se anche le parti sono d'accordo di trasmettere il caso al tribunale del nuovo luogo di dimora, la competenza può essere assunta dalla nuova corte (cpv. 2).

Vi è la possibilità di trasferire il caso in un altro Cantone, con il consenso delle parti e del tribunale richiesto, anche quando il Cantone di dimora del minore è di piccole dimensioni e i suoi tribunali competenti dispongono di scarsa esperienza o non ne dispongono affatto. In simili casi è meglio cedere la competenza del caso al tribunale preposto di un Cantone confinante, se dispone di maggiori conoscenze specifiche e se tale corte e le parti acconsentono.

Articolo 5 Specialisti

L'Autorità centrale provvede, in collaborazione con i Cantoni, a creare una rete di specialisti e istituzioni qualificate e a sostenerne l'attività (cpv. 1). I rappresentanti di Confederazione e Cantoni dispongono delle conoscenze necessarie e dei contatti per scegliere gli specialisti in funzione delle loro qualifiche e della loro disponibilità. In tal modo, con l'aiuto privato si prevede di creare un'organizzazione suddivisa secondo le regioni linguistiche, a cui può essere fatto ricorso per consulenza, conciliazione e mediazione. Tale organizzazione deve comprendere anche persone qualificate per rappresentare i minori o per esercitare la funzione di curatore in procedure relative al rapimento di minori. L'organizzazione deve essere numericamente limitata, così da poter operare in modo soddisfacente. Ciò non esclude che tale rete possa disporre di ulteriori contatti con specialisti e istituzioni che possono intervenire a titolo sussidiario e ai quali possono rivolgersi la stessa rete, i tribunali o le parti. Una volta istituita questa rete organizzata, prima che venga avviato l'accertamento dei fatti da parte del tribunale sarà possibile sottoporre ogni nuovo caso di rapimento innanzitutto a un singolo specialista o a un gruppo di specialisti ai quali verrà chiesta una prima analisi della situazione; in seguito, nei casi indicati, gli specialisti potranno effettuare una conciliazione o mediazione approfondite.

Analogamente a quanto previsto per quel che concerne la consulenza fornita in materia di adozioni internazionali³⁰, la Confederazione può accordare aiuti finanziari a questa organizzazione che controlla insieme ai Cantoni (cpv. 2). Ci si può attendere anche un contributo da parte della Confederazione dei direttori cantonali delle opere sociali.

Articolo 6 Procedura di conciliazione e di mediazione

³⁰ Cfr. l'articolo 21 della legge federale del 22 giugno 2001 relativa alla Convenzione dell'Aia sull'adozione e a provvedimenti per la protezione del minore nelle adozioni internazionali (RS 211.221.31).

In esecuzione degli articoli 7 lettera c e 10 della Convenzione dell'Aia, in una prima fase la priorità va data all'ottenimento di un ritorno volontario o di una soluzione consensuale (cpv. 1). L'iniziativa può partire dall'Autorità centrale. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, spetterà al tribunale agire, non appena gli è stata notificata la domanda in vista del ritorno (dall'Autorità centrale o direttamente dal richiedente). In una prima fase, il tribunale si limita a nominare un curatore (nella misura in cui non ne sia stato nominato uno precedentemente) e a ordinare se del caso altre misure di protezione. Il tribunale tenta tuttavia di avviare una procedura di conciliazione o di mediazione, tranne nei casi in cui una tale procedura è già stata avviata dall'Autorità centrale e non si può sperare nel successo di un nuovo tentativo di accomodamento. Il tribunale è libero di scegliere la via da seguire, tuttavia si farà evidentemente consigliare dagli specialisti che si sono già chinati sul caso nel contesto della rete menzionata nell'articolo 5. In singoli casi la conciliazione può essere condotta anche dal tribunale.

Nell'impostare la procedura di conciliazione o di mediazione, gli interessati si attengono alle direttive vigenti nel Cantone e alle modalità di negoziazione acquisite nella prassi. In tale contesto occorre tenere in particolare considerazione la sensibilità del minore e le sollecitazioni emozionali dei genitori. Conformemente al principio di celerità sancito dalla Convenzione dell'Aia, per questo tipo di sforzi il tribunale deve fissare dei limiti di tempo. Il tribunale viene informato della conclusione della procedura di conciliazione o di mediazione. Elementi di fatto o affermazioni degli interessati possono essere comunicati al tribunale soltanto con il consenso delle persone coinvolte.

Va attribuita particolare importanza alla partecipazione attiva di tutti gli interessati (cpv. 2). La partecipazione del genitore rapitore è data per scontata. Va coinvolto anche il minore. Potrebbe talvolta rivelarsi difficile persuadere a venire in Svizzera anche il genitore residente in un Paese lontano. La sua presenza sarebbe la prova della sua serietà nel chiedere il ritorno del minore. Nel limite del possibile va accordato anche un sostegno finanziario, considerando che una composizione amichevole del conflitto permette di conseguire notevoli risparmi.

Articolo 7 Misure di protezione

La necessità di adottare le prime misure nasce già in uno stadio iniziale della procedura, appena il tribunale viene a conoscenza della domanda in vista del ritorno del minore rapito (cpv. 1). Come prima misura, il tribunale deve nominare un curatore al minore (lett. a). Il curatore rappresenta il fanciullo nel corso dell'intera procedura, fino al momento dell'eventuale esecuzione del ritorno. Il curatore non solo deve disporre delle conoscenze giuridiche applicabili ai casi di rapimento di minori, ma deve essere anche adatto a prestare loro consulenza, deve sapere ascoltare il minore e deve dimostrare sensibilità per la sua origine culturale, sociale e familiare. I tribunali, nella scelta del rappresentante del minore, devono verificare questi requisiti e devono vegliare affinché, in virtù della sua esperienza, il curatore sia in grado di tutelare gli interessi del fanciullo in modo indipendente e senza subire eccessivamente l'influsso dei genitori. La rete menzionata all'articolo 5 deve facilitare l'accesso a persone qualificate in grado di rappresentare i minori. Il minore partecipa alla procedura in qualità di parte. Se è capace di discernimento, il minore può designare un proprio rappresentante.

Il tribunale disciplina anche il diritto di visita del genitore rimasto nel Paese di provenienza. Questo primo contatto serve anche a instaurare un clima di fiducia con il tribunale e può facilitare eventuali colloqui di conciliazione futuri. Il tribunale è inoltre competente per l'adozione di altre misure di protezione del minore (lett. b).

In alcuni casi può rivelarsi opportuno nominare un curatore al minore o adottare altre misure di protezione anche se al tribunale competente non è stata ancora inoltrata una domanda in vista del ritorno. Se si tratta di un caso di rapimento di cui è venuta a conoscenza, l'Autorità centrale e i

genitori devono essere in grado di chiedere a tale tribunale di adottare le misure di protezione necessarie (cpv. 2). Ciò dovrebbe in particolare permettere al minore di disporre di un rappresentante in grado di tutelare i suoi interessi nell'ambito di una procedura di conciliazione o di mediazione ordinata dall'Autorità centrale.

Articolo 8 Procedura giudiziaria

Se il tentativo di conciliazione o di mediazione non ha successo, inizia la vera e propria procedura giudiziaria di accertamento dei fatti, che di regola va conclusa entro sei settimane (cpv. 1).

Il minore va sentito: in mancanza di una richiesta, l'audizione avviene d'ufficio (cpv. 2)³¹. Per il resto, per quel che concerne l'attuazione dell'audizione ed eventuali eccezioni, va osservata la prassi sviluppatasi con gli articoli 144 capoverso 2 e 314 numero 1 CC. Il tribunale può affidare l'audizione a specialisti che dispongono dell'esperienza necessaria alla valutazione di casi di rapimento di minori.

Appena possibile, il tribunale sente personalmente anche i due genitori (cpv. 3). Il viaggio in Svizzera del genitore che vive all'estero va agevolato, se del caso anche finanziariamente. La presenza di entrambi i genitori può essere decisiva per la comprensione della situazione relativa al minore, permettendo al tribunale anche di farsi un'idea immediata delle condizioni di vita del fanciullo nel Paese di provenienza. Al genitore che vive lontano dal nostro Paese va possibilmente risparmiato un doppio viaggio in Svizzera. La procedura va pertanto organizzata in modo che, qualora fallissero i tentativi di conciliazione, si possa immediatamente dare avvio alla procedura di accertamento dei fatti procedendo all'audizione delle parti.

L'accertamento giudiziario dei fatti consiste essenzialmente nello stabilire se e in che modo il minore può essere ricondotto nello Stato in cui dimorava abitualmente immediatamente prima di essere rapito (cpv. 4). Anche se l'audizione personale degli interessati permette di acquisire importanti informazioni, occorre sfruttare tutti i canali disponibili. A tal proposito è particolarmente utile il contatto garantito dall'Autorità centrale e quello con la costituenda rete di specialisti, al fine di facilitare la raccolta di informazioni relative alla situazione nel Paese di provenienza.

Articolo 9 Collaborazione

Un modo utile per ottenere informazioni sulla situazione che attende il minore in caso di ritorno è la presa di contatto con le autorità locali, metodo prevalentemente applicato dall'Autorità centrale svizzera. Per il tribunale cantonale competente può in particolare essere necessario ottenere da una fonte neutrale le informazioni sulle condizioni di accoglienza del minore presso il richiedente o in un altro luogo in cui il figlio dovrà vivere con la madre, oppure nel luogo in cui potrebbe essere collocato presso terzi. Se tali informazioni non si rivelano soddisfacenti al fine di tutelare il bene del minore, occorre chiedere alle autorità competenti dello Stato di provenienza se sono disposte a ordinare o a garantire l'adozione delle misure necessarie alla protezione del fanciullo. La decisione concernente la domanda in vista del ritorno esige una conoscenza il più completa possibile della situazione che attende il minore.

Articolo 10 Informazione

L'Autorità centrale può svolgere correttamente la sua funzione informativa, di mediazione e di collegamento soltanto se viene costantemente informata dell'andamento della procedura. Il tribu-

³¹ Diversamente rispetto all'articolo 144 capoverso 2 CC, DTF 23.9.2005, 5C.209/2005, cons. 3.

nale è pertanto tenuto a riferire riguardo alle fasi essenziali della procedura e a comunicare la decisione all'Autorità centrale. I dettagli vanno regolati di comune accordo tra tribunale e Autorità centrale. L'Autorità centrale può inoltre, di sua iniziativa o su richiesta dell'Autorità centrale del Paese di provenienza, esigere un'esposizione dei motivi per cui il caso non ha potuto essere archiviato entro il termine di sei settimane (art. 11 cpv. 2 della Convenzione dell'Aia). L'Autorità centrale ha anche il diritto di partecipare alla procedura cantonale, nella misura in cui la decisione potrebbe violare la legislazione federale applicabile al suo campo d'attività (art. 111 cpv. 2 LTF).

Articolo 11 Spese

L'articolo 11 si riferisce all'articolo 26 della Convenzione dell'Aia, che stabilisce che l'attività dell'Autorità centrale e dei tribunali è in linea di principio gratuita per gli interessati. Occorre rilevare inoltre che la prassi svizzera non garantisce la gratuità se lo Stato che esige il ritorno del minore ha a sua volta presentato una riserva a questo principio. L'articolo 11 della legge aggiunge che il principio di gratuità comprende, oltre alla procedura giudiziaria, anche le procedure di conciliazione e di mediazione. La disposizione chiarisce pure che l'articolo 26 della Convenzione dell'Aia si applica anche alle procedure di ricorso davanti al Tribunale federale³².

I miglioramenti procedurali previsti possono comportare costi supplementari, in particolare per quel che concerne l'organizzazione della rete di persone, i tentativi di conciliazione e di mediazione e l'assistenza finanziaria al richiedente, in modo da permettergli di comparire di persona in Svizzera. Inoltre, la partecipazione dell'Autorità centrale alla procedura nonché l'allestimento e i contatti con la rete di esperti richiedono, a un'Autorità che attualmente opera al limite delle sue possibilità (quasi due posti a tempo pieno), una dotazione supplementare di personale. A tali costi va tuttavia contrapposto un guadagno proporzionalmente molto più rilevante in caso di conseguimento di una soluzione amichevole del conflitto. Non soltanto si risparmiano grosse sofferenze al minore, ma anche gli organi statali, i servizi sociali e le assicurazioni vengono sgravati dai costi che un ritorno forzato comporta e che possono insorgere anche dopo l'esecuzione del ritorno, quando il fanciullo subisce danni psichici o fisici che immanabilmente si ripercuotono sullo Stato o sulle assicurazioni.

Articolo 12 Ritorno e interesse del minore

Al fine di garantire un'applicazione della Convenzione dell'Aia conforme all'interesse del minore, è necessario che il legislatore chiarisca in quale categoria di casi non deve essere ordinato il ritorno del fanciullo, per evitare di porlo in una situazione manifestamente intollerabile. La normativa prevista dall'articolo 12 non sostituisce quella dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b della Convenzione. Con il termine «segnatamente» si vuole indicare che si tratta soltanto di un caso di applicazione, per quanto importante, che non impedisce però di invocare la norma di diritto internazionale.

La precisazione legislativa contenuta nell'articolo 12 si riferisce ai casi in cui l'alloggio presso il genitore che chiede il ritorno non corrisponde manifestamente all'interesse del minore (lett. a). Se ciò non è vero, in particolare se il richiedente è il genitore detentore unico dell'autorità parentale o se a tale genitore potrebbe essere affidata questa responsabilità, in linea di principio non ci si deve attendere che in caso di ritorno il minore verrebbe a trovarsi in una situazione intollerabile, e non vi è quindi motivo di rifiutare il ritorno. La situazione va tuttavia considerata critica se il tribunale

³² In quanto via di ricorso straordinaria, il ricorso di diritto pubblico era finora escluso dal campo d'applicazione di questa disposizione; DTF 131 III 334 segg., 344. Questa prassi è stata oggetto di critiche, cfr. Carla Schmid, *Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002*, AJP 2002 pag. 1325-1339 (1337); Bucher, *SZIER* 2002 pag. 312 seg., 2003 pag. 419-421, 2005 pag. 425, AJP 2002 pag. 478 f., 2005 pag. 115, 751.

in Svizzera giunge al convincimento che non si possa pretendere dal minore che alloggi presso il richiedente.

Se l'alloggio del minore presso il richiedente non entra in linea di conto, la problematica relativa all'eventuale ritorno del minore nel Paese di provenienza assume contorni diversi, a seconda che il genitore rapitore (molto spesso la madre) sia o no in grado di riaccompagnare il figlio (lett. b). Se non è in grado di accompagnarlo, poiché ad esempio in tale Paese il rapitore deve attendersi di scontare una pena detentiva che comporterebbe la separazione dal minore, o se esiste una relazione familiare molto intensa con la Svizzera (ad esempio in seguito a matrimonio o a causa dello stato di necessità in cui versa un altro membro della famiglia residente in Svizzera), la situazione può rivelarsi pericolosa per l'equilibrio psicofisico del minore, il quale in caso di ritorno dovrebbe vivere separato da entrambi i genitori. Una tale separazione può essere sostenibile unicamente in casi estremi e rappresenta una vera e propria *ultima ratio*, così come generalmente riconosciuto dal diritto in materia di misure di protezione dei minori.

Un secondo gruppo di casi nei quali il ritorno del minore può essere valutato soltanto alla luce della sua relazione con il genitore rapitore concerne le situazioni in cui, considerate le circostanze complessive, non si può manifestamente pretendere che il genitore rapitore si prenda cura del figlio nello Stato in cui il minore ha vissuto immediatamente prima del rapimento (lett. b). Non è sufficiente che il rapitore dichiari semplicemente di rifiutarsi di far ritorno in tale Paese. Deve trattarsi di una situazione d'emergenza, nell'ambito della quale non ci si deve aspettare che il genitore rapitore ritorni con il figlio nel luogo della sua precedente dimora per attendervi una decisione giudiziaria riguardo al regolamento definitivo dell'autorità parentale. Da un lato si pensa ai casi in cui, in caso di ritorno, alla madre non può essere garantita un'accoglienza sicura e finanziariamente sopportabile al di fuori dell'abitazione dell'ex partner. D'altro lato la situazione concerne anche i casi in cui è manifesto che il genitore che richiede il ritorno non può assumersi l'affidamento del minore o non può ottenerlo in via giudiziaria, mentre il rapitore è chiaramente il genitore che esercita a titolo primario il diritto di custodia. In un simile caso, di regola, il ritorno avrebbe come conseguenza che il minore dovrebbe essere riaccompagnato nel Paese di provenienza per attendervi l'attribuzione definitiva dell'autorità parentale al genitore rapitore, con cui far quindi immediato ritorno in Svizzera. La causa di un simile andirivieni è unicamente la necessità di rispettare la normativa esageratamente severa che attribuisce la competenza alle autorità del precedente luogo di dimora abituale. Il senso e lo scopo della Convenzione dell'Aia non contemplano una simile soluzione, inconciliabile con il bene del fanciullo. La situazione deve tuttavia essere chiara per il tribunale svizzero che si occupa della domanda in vista del ritorno. Se la situazione di fatto non è chiara, il ritorno del genitore rapitore nel Paese di provenienza è da giudicare ragionevolmente esigibile, con la conseguenza che il minore non viene posto in una situazione intollerabile, in modo da configurare il motivo di rifiuto previsto dall'articolo 13 capoverso 1 lettera b della Convenzione.

Se il ritorno comporta una separazione dal rapitore (perché quest'ultimo non può ritornare o ciò non può essergli imposto), il ritorno è ragionevole soltanto se terzi possono prendersi cura del fanciullo. Una simile soluzione può essere perseguita e ordinata dal tribunale svizzero soltanto se non si oppone manifestamente all'interesse del minore (lett. c). Questa terza condizione presuppone che la separazione dal genitore rimasto in Svizzera sia sopportabile dal minore, ciò che può essere il caso qualora la relazione con tale genitore fosse conflittuale e la famiglia d'accoglienza fosse in grado di offrire al fanciullo migliori garanzie di protezione e sviluppo. Resta il fatto che una simile soluzione deve entrare in linea di conto unicamente quale *ultima ratio*.

Le condizioni enumerate nell'articolo 12 presuppongono sotto diversi aspetti conoscenze della situazione di fatto e giuridica nel Paese di provenienza. Per l'accertamento dei fatti, le parti e in particolare entrambi i genitori sono tenuti a fornire la loro collaborazione. In questo contesto assume particolare rilevanza l'audizione personale effettuata per legge dal tribunale (art. 8 cpv. 3). Le nuove disposizioni sulla procedura e la collaborazione con le autorità competenti nel Paese di provenienza sono altrettanto importanti. Il tribunale deve accertarsi se e quando il ritorno del mi-

nore può essere eseguito (art. 8 cpv. 4). Se tale accertamento non gli riesce o gli riesce solo in parte, ciò influirà indirettamente, nel contesto dell'articolo 12, sulla valutazione delle conseguenze di un eventuale ritorno per il minore. La situazione può essere analoga quando le autorità competenti nel Paese di provenienza non sono in grado di ottenere solide garanzie riguardo all'accoglienza e alla protezione del fanciullo, in particolare se vi sono fondati dubbi quanto alla capacità del richiedente ad assumersi da solo la presa a carico del fanciullo. La corrispondente disposizione dell'articolo 9 è direttamente in relazione con l'applicazione pratica dell'articolo 12.

Articolo 13 Opinione del minore

Questa disposizione precisa per la prassi svizzera che l'opinione del minore va considerata nel suo complesso, anche se nel determinarsi il minore fa riferimento tra l'altro alle cause e al modo in cui il rapimento si è svolto o alle circostanze dell'accoglienza in Svizzera. Non ci si può tuttavia basare sulla volontà del minore che si oppone al ritorno se tale intenzione non è spontanea, ossia quando il rapitore ha influito direttamente sull'opinione del fanciullo.

Articolo 14 Decisione di ritorno

Se decide in favore del richiedente, e ordina quindi il ritorno del minore, il tribunale regola anche i dettagli dell'esecuzione in modo che non occorra una nuova procedura giudiziaria (cpv. 1). Il diritto di essere sentiti in relazione all'ordine di esecuzione del ritorno va accordato anche al minore o al suo rappresentante. La decisione di ritorno e l'ordine di esecuzione valgono per tutta la Svizzera (cpv. 2). Non possono più essere messi in discussione, nemmeno in caso di trasferimento del domicilio in un altro Cantone.

Le misure di esecuzione vanno ordinate in modo che possano essere messe in atto anche in caso di ritardo causato da un ricorso al Tribunale federale. Se non possono essere messe in atto, il Tribunale federale adotta i nuovi provvedimenti necessari. Nella definizione delle singole misure va tenuto conto che l'esecuzione deve essere effettuata in considerazione del bene del minore e che all'organo preposto all'esecuzione vanno concessi l'opportunità e il tempo necessari al fine di favorire un ritorno spontaneo (art. 15). Si raccomanda di consultare l'autorità cantonale d'esecuzione competente e l'Autorità centrale.

Articolo 15 Esecuzione e interesse del minore

Come il ritorno in quanto tale, anche la sua esecuzione deve avvenire in modo da non causare traumi al minore e non mettere a repentaglio il suo equilibrio psicofisico. Per questo va tenuto conto dell'interesse del minore.

L'esecuzione spontanea è il miglior modo per tutelare l'interesse del minore. Entrambi i genitori sono indotti ad adoperarsi in via amichevole per il ritorno, evitando in tal modo che l'esecuzione sia affidata a terzi.

Articolo 16 Rinvio dell'esecuzione

In presenza di circostanze straordinarie e imprevedibili, può verificarsi una situazione in cui l'esecuzione deve essere sospesa o differita. Si pensi ad esempio a una malattia del minore o di una persona che è stata designata per stare vicino al fanciullo per accompagnarlo. Può trattarsi

anche di difficoltà impreviste verificatesi nel Paese verso cui è previsto il ritorno, quali guerre, catastrofi naturali o malattia di persone designate per l'accoglimento del minore.

Articolo 17 Modifica

Analogamente alle misure di protezione dei minori in generale, entro certi limiti ben definiti deve essere possibile rivalutare anche una decisione che ordina il ritorno. Se vi sono state chiare lacune nell'accertamento delle circostanze fondamentali alla base della decisione, resta aperta la via della revisione prevista dal diritto procedurale applicabile. Possono insorgere però anche nuovi fatti che mutano le circostanze in modo essenziale, tanto da rendere necessaria una nuova valutazione (cpv. 1). La nuova valutazione non deve però andare oltre i limiti fissati dalla Convenzione. Come in ogni altra procedura in materia di rapimento di minori, anche in questa fase valgono gli stessi motivi contrari a un ritorno. Di regola si verifica una situazione che potrebbe comportare una modifica della decisione di ritorno soltanto se tra tale decisione e la sua esecuzione (fallita o non richiesta) è trascorso un certo tempo. Le nuove circostanze possono riguardare un mutamento essenziale della situazione familiare del minore, per quel che concerne uno dei due genitori o addirittura entrambi, o concernere un importante peggioramento delle condizioni nello Stato estero in cui il minore dovrebbe far ritorno. Si considera tuttavia anche il caso in cui il minore ha nel frattempo raggiunto un'età e un grado di maturità tali da far dipendere la decisione di ritorno dal suo parere e in particolare dalla sua opposizione. In simili casi va innanzitutto sospesa l'esecuzione della decisione originaria di ritorno (cpv. 2). La nuova procedura soggiace alle disposizioni della Convenzione e della legge, come ogni procedura di ritorno secondo la Convenzione dell'Aia. Se il tribunale ritiene che i nuovi fatti addotti non siano sufficienti per rifiutare un ritorno, la decisione originaria è confermata e le misure di esecuzione vengono conseguentemente adeguate. Se si decide in via definitiva di rifiutare il ritorno, l'esecuzione viene annullata e la decisione di ritorno in quanto tale viene revocata.

III. Proposte di adeguamento della Convenzione dell'Aia del 1980

Sulla base delle considerazioni precedenti, la commissione propone che la Svizzera, in occasione della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato e in adempimento della mozione Leuthard dell'8 maggio 2003 (03.3235; Benessere del fanciullo e Convenzione dell'Aia), richieda l'adeguamento della Convenzione tenendo conto delle seguenti esigenze:

1. Occorre definire in modo dettagliato la procedura e le misure atte a favorire il ritorno volontario ai sensi dell'articolo 10 della Convenzione, prendendo in considerazione in particolare i metodi della conciliazione e della mediazione.
2. Occorre ridurre il termine di un anno previsto dall'articolo 12 capoverso 1.
3. Occorre definire in modo dettagliato la procedura e le misure atte a permettere il ritorno senza pericolo del minore ai sensi dell'articolo 7 capoverso 2 lettera h e la regolamentazione del diritto di visita (art. 21), secondo le conclusioni del 4° convegno della commissione speciale sulla Convenzione del 1980³³ e conformemente al documento di lavoro firmato dalla Svizzera in occasione dell'incontro precedente³⁴.
4. Occorre creare norme complementari che permettano alle autorità dello Stato in cui il minore rapito è stato portato di richiedere e ottenere, dopo il ritorno del fanciullo nel suo Paese di dimora abituale, informazioni relative alla regolamentazione dell'affidamento e delle relazioni del minore con i suoi genitori nonché indicazioni concernenti il benessere del fanciullo.
5. Il senso dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b va precisato in modo da chiarire il rapporto tra il principio del ritorno del minore rapito e il bene del fanciullo.

Questo motivo di rifiuto va compreso nel senso che il ritorno pone segnatamente il minore in una situazione intollerabile se l'alloggio presso il genitore richiedente o presso terzi nel Paese di provenienza non corrisponde manifestamente all'interesse del fanciullo, e se il genitore rapitore non può riaccompagnare il minore o ciò non può essere manifestamente preteso da lui.

Questo motivo di rifiuto deve in particolare impedire il ritorno qualora il genitore richiedente non aspirasse a ottenere la custodia del minore, ma mirasse unicamente a garantirsi il diritto alle relazioni personali con il figlio o a regolamentare di nuovo tale diritto, e questo quando le autorità del Paese in cui il minore è stato portato sono in grado di garantire adeguatamente tale pretesa.

³³ Cfr. Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), n° 1.13 e 5.1, in: Guide de bonnes pratiques, vol. I, allegato 1.

³⁴ Cfr. Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (1997), allegato II, Document de travail No 20, in: Guide de bonnes pratiques, vol. I, allegato 1.

Rapporto complementare

di

Andreas Bucher

Professore presso l'Università di Ginevra

Presidente della commissione

Oltre a rispondere alle domande poste nel postulato Vermot-Mangold del 17 giugno 2004, la Commissione è stata anche incaricata di presentare proposte di miglioramento a livello legislativo e pratico nella trattazione di casi di rapimento internazionale di minori, analizzando in particolare le possibilità di applicare in modo più favorevole al fanciullo le disposizioni della Convenzione dell'Aia del 1980.

L'attuale prassi in materia di applicazione della Convenzione in Svizzera e le principali esigenze formulate negli interventi parlamentari richiedono in primo luogo un esame della procedura concernente la restituzione di minori rapiti. Occorre quindi analizzare da un lato lo svolgimento e la durata della procedura (1). D'altro lato occorre chiedersi se e come sia possibile esaminare in modo più approfondito gli interessi del minore rispetto a quanto è stato fatto finora (2). La richiesta formulata negli interventi parlamentari volta a un'applicazione della Convenzione in modo favorevole al fanciullo riguarda anche la valutazione materiale delle domande in vista del ritorno di minori rapiti (3), il ruolo svolto dalla volontà del fanciullo che si oppone al ritorno (4) e l'esecuzione di decisioni di ritorno (5). La Commissione si è chinata anche sulla questione relativa alle misure preventive di protezione più adeguate per lottare contro i rapimenti di minori (6).

1. Procedura più rapida e più snella

1.1 Durata della procedura

a) Situazione iniziale

Rispondendo a vecchi interventi parlamentari, il Consiglio federale aveva già ammesso che nei casi di rapimenti di minori in Svizzera le procedure duravano troppo a lungo: da 9 a 12 mesi³⁵. Tale valutazione è confermata in relazione agli interventi parlamentari più recenti. La dottrina ha più volte attirato l'attenzione sull'eccessiva durata della procedura³⁶.

La Convenzione esige che gli Stati contraenti applichino le loro procedure d'urgenza (art. 2 e 11 cpv. 1) al fine del ritorno immediato del minore (art. 12 cpv. 1); il superamento di un termine di sei settimane viene considerato un "ritardo" (art. 11 cpv. 2). Si può presupporre che tale termine si applichi separatamente a ogni istanza.

Sulla base di dieci recenti decisioni del Tribunale federale³⁷, si può rilevare che una procedura concernente rapimenti di minori e avente luogo dinanzi a due istanze cantonali e al Tribunale federale dura in media *dieci mesi*, con valori estremi da tre a 14 mesi. Di regola il Tribunale federale decide entro sei settimane. Il problema delle procedure eccessivamente lunghe si pone esclusivamente nei Cantoni. La procedura di prima istanza è normalmente più lunga, poiché comprende anche la prima ricostruzione dei fatti. In merito va considerato che la durata della procedura non dipende unicamente dai tribunali: non è di secondaria importanza il fatto che i termini di ricorso

³⁵ Risposta dell'8.6.1998, Boll.Uff. N 1998 pag. 1592.

³⁶ Cfr. Hans Kuhn, "Ihr Kinderlein bleibt, so bleibt doch all", Neuere schweizerische Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungs-Übereinkommen, AJP 1997 pag. 1093-1105 (1104); Bertrand Reeb, L'enlèvement international d'enfants par un parent en Suisse, RJN 2002 pag. 13-34 (27 seg.); Bucher, SZIER 2003 pag. 421-423. Secondo Carla Schmid, in «Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002», AJP 2002 pag. 1325-1339 (1337), in 40-60 casi le procedure durano troppo a lungo.

³⁷ Decisioni: 11.4.2002, 5P.65/2002; 18.11.2002, 5P.310/2002; 23.12.2002, 5P.445/2002; 31.1.2003, 5P.263/2002; 27.3.2003, 5P.71/2003; 23.4.2003, 5P.128/2003; 15.10.2004, 5P.354/2004; 17.12.2004, 5P.437/2004; 22.3.2005, 5P.1/2005, 18.8.2005, 5P.254/2005.

sono relativamente lunghi, e che talvolta il caso deve essere ritrasmesso all'istanza precedente³⁸. È necessario tempo supplementare quando occorre emanare una decisione distinta sull'esecuzione, contro la quale è nuovamente possibile ricorrere.

L'istituzione di organi di coordinamento in ogni Cantone, avvenuta nel 2000 su iniziativa della Confederazione, non si è rivelata efficace, in particolare perché tali organi non avevano la possibilità di influire sulle singole procedure.

I rapimenti di minori generano spesso situazioni difficili da sopportare per le persone coinvolte, e talvolta vengono percepite addirittura in modo drammatico o traumatico. Queste situazioni, in base all'esperienza, diventano più critiche con il protrarsi della procedura. Il lungo protrarsi del caso (talvolta per anni) rappresenta per il minore e per la sua famiglia un grosso peso. La causa principale delle difficoltà non risiede tanto nella concreta interpretazione della Convenzione, quanto nella durata eccessiva della procedura. Il fanciullo può vivere meglio il ritorno nel suo Paese di provenienza se la durata della sua assenza è stata relativamente breve e se non ha ancora avuto il tempo di ambientarsi nello Stato in cui è stato condotto. La situazione è analoga per il genitore autore del rapimento.

Già nel 1998 il Consiglio federale aveva osservato che la riduzione delle istanze a disposizione nei Cantoni avrebbe contribuito in modo importante a ridurre la durata della procedura e ad attuare il principio di celerità sancito nella Convenzione. La Commissione ritiene urgente perseguire questo scopo il più rapidamente possibile³⁹.

b) *A livello cantonale*

La Commissione propone che in ogni Cantone le domande in vista del ritorno di minori rapiti siano giudicate da un'*unica istanza*. Ogni Cantone deve designare tale istanza. Deve trattarsi di un'autorità cantonale giudiziaria superiore (Tribunale superiore, Tribunale cantonale). I Cantoni devono designare un'istanza unica anche per l'esecuzione di decisioni di ritorno.

La riduzione delle istanze a livello cantonale presenta l'importante vantaggio di poter riunire dinanzi a un'unica istanza le procedure relative al rapimento di minori. Simili procedure non sono molto frequenti ed esigono conoscenze particolari, non disponibili presso ogni tribunale distrettuale od ogni pretura.

La Commissione si è chiesta se non sia possibile rendere la procedura ancora più snella. L'ideale sarebbe che i circa 20-40 casi annui possano essere giudicati da un'unica corte federale. Il Tribunale federale amministrativo di San Gallo potrebbe costituire la prima istanza. La Commissione ha tuttavia scartato questa soluzione, perché non sarebbe conforme alla struttura federalistica svizzera. Avrebbe anche potuto comportare lo svantaggio non indifferente di trovarsi lontano dal domicilio della famiglia e in una regione linguistica diversa.

La struttura giudiziaria svizzera richiede pertanto un'istanza cantonale unica, con la possibilità di impugnare il caso dinanzi al Tribunale federale. In un simile sistema sarebbe possibile apportare un altro miglioramento, unendo i tribunali a *livello regionale*, in modo che ogni caso di rapimento di minori verificatosi in una regione possa essere portato dinanzi a uno dei tribunali cantonali di tale regione. L'adozione di una normativa del genere, auspicabile in sé, non andrebbe tuttavia prescritta al legislatore, ma dovrebbe essere lasciata all'iniziativa dei Cantoni. La Commissione propone soltanto che un tribunale cantonale possa cedere la trattazione di un caso all'autorità giudiziaria unica di un altro Cantone unicamente con il consenso delle parti e del tribunale adito.

³⁸ Cfr. DTF 131 III 334 segg., 336 seg.

³⁹ La riduzione delle istanze giudiziarie è raccomandata anche dalla Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, cfr. Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), n. 3.1, in: Guide de bonnes pratiques, t. I, allegato 1.

La conseguenza di questo nuovo sistema di istanze è che l'intero accertamento dei fatti sarà d'ora in poi effettuato da un'unica autorità. Di ciò dovranno essere rese attente le parti e i tribunali cantonali. Dagli avvocati delle parti sarà richiesta quindi una diligenza ancora maggiore nell'accertamento e nella ricostruzione delle circostanze di fatto del caso. Per i giudici aumenterà ancora la responsabilità e la necessità di acquisire conoscenze specifiche per la trattazione di casi di rapimento di minori. Per la Commissione queste conseguenze sono sopportabili e, nella prospettiva di attuare il principio di celerità, inevitabili.

c) *Tribunale federale*

Attualmente dinanzi al Tribunale federale possono essere interposti *ricorsi di diritto pubblico*⁴⁰. Dopo l'entrata in vigore della legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale (LTF)⁴¹, i ricorsi saranno diretti contro decisioni pronunciate *in materia civile*. A tali ricorsi soggiaceranno decisioni pronunciate in materia civile e «decisioni in rapporto diretto con il diritto civile», tra cui segnatamente quelle «in materia di protezione del figlio» (art. 72 cpv. 2 lett. b n. 7 LTF). I ricorsi sono diretti anche contro decisioni di tribunali istituiti quali istanze cantonali uniche (art. 75 cpv. 2 lett. a LTF). Ha diritto di interporre ricorso chi ha partecipato al procedimento dinanzi all'autorità inferiore o è stato privato della possibilità di farlo (art. 76 cpv. 1 lett. a LTF)⁴². In casi concernenti il rapimento di minori il ricorrente può fare valere la violazione del diritto internazionale o del diritto federale⁴³ (art. 95 lett. a e b LTF). In tali casi il ricorrente può censurare l'accertamento dei fatti soltanto se è stato svolto in modo manifestamente inesatto o se vi è stata un'altra violazione censurabile, quale quella del diritto di essere sentito; l'eliminazione del vizio deve essere determinante per l'esito del procedimento (art. 97 cpv. 1 LTF).

All'articolo 100 capoverso 2 lettera c LTF, il legislatore ha espressamente previsto un termine di soli *dieci giorni* per presentare un ricorso contro decisioni in materia di ritorno di un minore in applicazione della Convenzione dell'Aia del 1980, facendo eccezione al termine generale di 30 giorni. Un termine di dieci giorni è breve ma è possibile rispettarlo, poiché concretizza il principio di celerità e i motivi di ricorso invocabili sono comunque limitati. Non appare inoltre opportuno rimettere in discussione dopo poco tempo una regolamentazione recentemente emanata dal Parlamento.

1.2 Procedura più snella

Di regola i Cantoni prevedono una procedura sommaria, anche se non ovunque. In materia di rapimento di minori la procedura ordinaria non è manifestamente adeguata. Per tutti i Cantoni dovrebbe quindi valere il principio di celerità sancito dalla Convenzione, concretizzato attraverso l'istituzione di una procedura *semplice e rapida*. Per il momento il legislatore federale non deve disporre ulteriori dettagli.

⁴⁰ DTF 120 II 222 segg., 224; 123 II 419 segg., 421.

⁴¹ RS 173.110; FF 2005 3643.

⁴² Il diritto di ricorrere spetta inoltre al Dipartimento federale di giustizia e polizia, se la decisione impugnata viola la legislazione federale nella sfera dei suoi compiti (art. 76 cpv. 2 LTF). In tale ambito l'autorità federale può anche chiedere di partecipare alla procedura cantonale (art. 111 cpv. 2 LTF).

⁴³ Il diritto federale comprende anche la Costituzione federale: è quindi impugnabile anche l'applicazione arbitraria del diritto cantonale (art. 9 Cost.). Ciò può essere rilevante se la regolamentazione della procedura di esecuzione continua a essere considerata una questione attinente al diritto cantonale; cfr. DTF 130 II 530 segg., 532 seg.; DTF 13.9.2001, 5P.160/2001, cons. 4 b/aa, AJP 2002 pag. 471, SZIER 2002 pag. 299. Il Tribunale federale ha tuttavia pieno potere conoscitivo se il ricorrente fa valere una violazione della Convenzione sui diritti del fanciullo, contestando in tal modo anche l'applicazione della Convenzione dell'Aia da parte del giudice cantonale dell'esecuzione (DTF 130 III 533 seg.). Questo motivo ricorsuale dovrebbe poter essere invocato in modo più agevole, considerato inoltre che l'esecuzione della decisione di ritorno fa parte della normativa prevista dalla Convenzione dell'Aia.

Nel disegno di Codice di procedura civile svizzero (CPC, stato: settembre 2005) si prevede di applicare la procedura sommaria alle decisioni pronunciate in base alla Convenzione dell'Aia del 1980 (art. 304 lett. a)⁴⁴. Per strutturare concretamente la procedura in materia di rapimento di minori, le disposizioni del disegno di legge concernenti la procedura sommaria (art. 257-261) si rivelano tuttavia meno adeguate. Nell'ambito della revisione del diritto tutorio, è prevista l'introduzione nel CC di alcune disposizioni di procedura concernenti la protezione degli adulti che potrebbero influire anche sulla protezione del minore (stato al 30 settembre 2005). È stata elaborata anche una legge federale sulla procedura dinanzi alle autorità di protezione dei minori e degli adulti, ma sembra essere stato tale progetto non portato avanti. Anche le norme procedurali concernenti il rapimento di minori dovrebbero figurare in una normativa distinta dal CPC. La commissione non si ritiene in grado di formulare proposte concrete, poiché i progetti menzionati sono ancora in fase di elaborazione. La questione dovrà essere nuovamente affrontata dalle autorità federali al momento opportuno.

Né la scelta di una procedura rapida, né il principio di celerità sancito dalla Convenzione devono indurre i tribunali a giudicare le domande in vista del ritorno di minori rapiti in modo sommario e senza un esame approfondito delle circostanze di fatto e delle questioni giuridiche sollevate. La proposta di istituire un'unica istanza cantonale mira sicuramente a risparmiare tempo. La concentrazione in un'unica istanza cantonale deve tuttavia consentire all'autorità giudiziaria di applicare la procedura con la dovuta accuratezza. Il termine di *sei settimane*, con il quale la Convenzione attua il principio di celerità, rappresenta una direttiva⁴⁵. Se tale termine è superato, non vi è violazione della Convenzione, ma si verifica un «ritardo», che va chiarito su domanda dell'autore dell'istanza o dell'Autorità centrale svizzera (art. 11 cpv. 2). Su richiesta va trasmessa una spiegazione anche all'Autorità centrale dello Stato di provenienza.

La Commissione formula diverse proposte al fine di allestire una procedura conforme agli interessi del fanciullo, soprattutto per favorire le soluzioni attraverso la conciliazione o la mediazione. Ciò può da un lato comportare un allungamento della procedura, ma permette d'altro lato di trovare soluzioni durature e accettabili da tutti gli interessati, ciò che corrisponde all'interesse del minore. Per quel che concerne il principio di celerità, occorre considerare che tale massima è diretta unicamente agli organi decisionali (art. 11 cpv. 2), ma non si riferisce a ogni misura adottata dall'Autorità centrale o da ogni altra autorità che si occupa del caso al fine di ottenere il ritorno del minore (art. 10). Ogni autorità e ogni specialista coinvolti devono invece agire con la dovuta solerzia. Ciò vale anche per ogni tentativo di conciliazione e di mediazione. Per il resto, se il termine di sei settimane si rivela troppo breve, sarà possibile addurre giustificazioni convincenti all'indirizzo delle parti e dell'Autorità centrale estera, nel caso in cui la procedura non abbia subito inutili ritardi e sia stata condotta in modo rigoroso.

In base alla prassi attuale, in caso di rapimento di minori ci si può rivolgere contemporaneamente a diverse autorità cantonali. Innanzitutto il caso viene segnalato all'autorità tutoria, che si pronuncia sulla necessità di adottare *misure di protezione*. Le autorità tutorie locali sono spesso gravate dalle particolari problematiche poste da simili casi e non sempre dispongono delle conoscenze linguistiche necessarie. La commissione propone quindi che l'istanza unica che i Cantoni devono istituire sia competente anche per adottare tutte le misure di protezione che si impongono nei singoli casi. Questa competenza complementare in materia di misure di protezione deve sussistere anche quando la questione del ritorno del minore viene portata davanti al Tribunale federale e fino all'esecuzione del ritorno. Tale competenza rimane anche se parallelamente è stata avviata una

⁴⁴ Nell'articolo 305 vengono inoltre proposte le disposizioni seguenti:

1. le decisioni secondo l'articolo 304 lettera a sono da mettere in relazione alla disposizione di misure d'esecuzione;
2. il tribunale si pronuncia entro sei settimane dall'inoltro della domanda;
3. cerca di raggiungere un accordo tra le parti;
4. il tribunale valuta se nominare un rappresentante al minore.

⁴⁵ La norma citata, contenuta nell'articolo 305 n. 2 del disegno di Codice di procedura civile, si rivela eccessivamente restrittiva.

procedura di divorzio. In considerazione della funzione centrale esercitata da questa istanza cantonale unica, non è più necessaria una designazione particolare di organi di coordinamento cantonali. L'istanza unica si assume infatti la funzione di tali organi.

1.3 Diritto di visita

L'esperienza in materia di rapimento di minori mostra che è estremamente importante mantenere e tutelare il contatto tra i due genitori e il fanciullo anche durante il periodo critico che segue il rapimento. La *conservazione del legame familiare* può aiutare ad attenuare le tensioni e a favorire la comprensione della situazione da parte di ogni persona coinvolta⁴⁶. Indirettamente si aumentano le possibilità di giungere a una soluzione mediata. Nei casi in cui il ritorno appare problematico, il genitore che è rimasto nel Paese in cui dimorava la famiglia può accettare più facilmente l'idea di un mancato ritorno del fanciullo nella misura in cui gli viene riconosciuto un diritto di visita adeguato. D'altro lato, anche per il genitore rapitore rimasto in Svizzera è perlomeno confortante sapere che è garantito il suo diritto di visita nel Paese in cui il minore ha fatto ritorno. Il diritto di visita va compreso in senso molto ampio. Vanno sfruttate tutte le possibilità di stabilire e mantenere i contatti, inclusi i mezzi di comunicazione su lunghe distanze, con la cooperazione degli organi di conciliazione e degli specialisti a disposizione.

Finché la procedura relativa al rapimento non è terminata, i tribunali svizzeri possono disciplinare il diritto di visita soltanto a titolo provvisorio, poiché non sono competenti per una sua regolamentazione definitiva (se il minore non ha una dimora abituale in Svizzera o, secondo l'articolo 16 della Convenzione, non è possibile pronunciarsi a titolo duraturo sul diritto di custodia).

Come per le misure di accompagnamento in materia di protezione del minore, la commissione propone che il tribunale cantonale che decide sulla domanda in vista del ritorno sia competente anche per regolamentare le relazioni personali.

Secondo l'articolo 21 della Convenzione, l'Autorità centrale può essere coinvolta in ogni passo necessario alla regolamentazione del diritto di visita, ciò che nella prassi avviene di frequente. Questa disposizione non regola tuttavia né la competenza dei tribunali e le questioni procedurali, né il diritto applicabile, e non esplica effetti nemmeno sul riconoscimento e l'esecuzione di decisioni riguardanti il diritto di visita. Tali questioni soggiacciono attualmente alla Convenzione del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione di minorenni⁴⁷, che tuttavia non contiene alcuna disposizione destinata alla regolamentazione del diritto di visita e che non esplica nemmeno effetti sul piano della collaborazione tra autorità. Potrebbe rivelarsi più efficace l'articolo 21 della Convenzione europea del 20 maggio 1980 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento di minori e sul ristabilimento dell'affidamento⁴⁸, ma tale convenzione viene applicata di rado. La nuova *Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996* concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento,

⁴⁶ Questo vale in particolare anche per evitare di compromettere gravemente le visite e per prevenire l'allontanamento dai genitori, fattori che possono influenzare la volontà del minore in misura tale da far sì che nella procedura non sia più possibile tenere pienamente conto della sua opinione. Occorre in tal senso rendere attenti al pericolo legato a ogni valutazione generalizzante, alla base della cosiddetta «Parental Alienation Syndrome». Cfr. in merito Heidi Simoni, *Beziehung und Entfremdung*, FamPra.ch 2005, pag. 772-801 (782-799); Kerima Kostka, *Einfache Lösungen für komplexe Situationen?*, «PAS» und gemeinsames elterliches Sorgerecht, ein Bericht aus Deutschland, FamPra.ch 2005, pag. 802-821; Corina Bacilieri-Schmid, *Kinder bei Trennung und Scheidung – Psychologisches Basiswissen für Juristinnen und Juristen*, ZVW 2005 pag. 199-219 (210-212).

⁴⁷ RS 0.211.231.01

⁴⁸ RS 0.211.230.01. Questa disposizione sarà migliorata e sostituita con la regolamentazione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulle relazioni personali del 3 maggio 2002 (art. 19).

l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità parentale e di misure di protezione dei minori consentirebbe di apportare importanti miglioramenti⁴⁹.

La Convenzione dell'Aia del 1996 offre la prospettiva di regolamentare in modo unitario la competenza nei confronti degli Stati contraenti, di riconoscere ed eseguire le decisioni relative al diritto di visita negli altri Stati contraenti e di permettere i contatti tra le autorità interessate.

Le autorità competenti possono in particolare scambiarsi informazioni utili alla protezione del minore (art. 34). Alle autorità dello Stato di provenienza possono essere richieste informazioni e assunzioni di prove che possono influire sull'idoneità del genitore rimasto in tale Stato a esercitare il diritto di visita e che possono essere prese in considerazione nell'ambito della procedura decisionale (anche solo provvisoria) in Svizzera (art. 35 cpv. 2-4).

La Svizzera ha firmato questa nuova Convenzione il 1° aprile 2003, insieme ai membri (di allora) dell'Unione europea. La ratifica dal parte dell'UE è imminente. Per quel che concerne la Svizzera, sarà elaborato un messaggio all'attenzione delle Camere federali. La commissione accoglie positivamente l'intenzione del Consiglio federale di ratificare prossimamente questa Convenzione.

1.4 Assistenza dopo il ritorno del minore

Nella sua risposta alle domande poste nel postulato citato, la commissione ha già rilevato che le possibilità pratiche di ottenere informazioni sull'ulteriore permanenza del minore nello Stato in cui ha fatto ritorno sono molto limitate, e che a tal proposito mancano pure gli strumenti giuridici. Per migliorare questa situazione è necessario percorrere la via della collaborazione con gli Stati esteri maggiormente coinvolti. Sotto certi aspetti anche in questo caso la *Convenzione dell'Aia del 1996* sulla protezione dei fanciulli potrebbe rivelarsi d'aiuto. Oltre alle già citate norme concernenti lo scambio d'informazioni (art. 34) e la tutela degli interessi del titolare del diritto di visita (art. 35), va evidenziata anche la possibilità per l'autorità svizzera di chiedere il ritorno del minore alla competente autorità del luogo di dimora abituale del fanciullo, di far allestire un rapporto sulla situazione in cui si trova il minore e di controllare che in tale Stato siano adottate le misure adeguate (art. 32).

D'altro lato la Svizzera dovrebbe richiedere miglioramenti in relazione al «*suivi post-retour*» previsto dalla Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato. La necessità di progredire in questo ambito è stata riconosciuta nell'ambito dei regolari incontri della commissione speciale concernente la Convenzione del 1980, in cui è stata auspicata l'adozione di ogni misura atta a garantire il ritorno sicuro del minore nello Stato di provenienza, fino al momento in cui l'autorità competente per l'attribuzione del diritto di custodia si interessa del caso⁵⁰. La Conferenza dell'Aia o i Paesi membri non hanno tuttavia intrapreso alcun passo concreto al fine di influire sulla prassi degli Stati contraenti. La Conferenza dell'Aia può in ogni caso richiamare l'attenzione sul fatto che la Convenzione del 1996 permette di ottenere dei miglioramenti, che andrebbero attuati unicamente una volta ratificato il testo da parte degli Stati membri.

L'ultima soluzione sarebbe rappresentata da accordi bilaterali, la cui elaborazione e applicazione pratica presupporrebbe tuttavia, in base all'esperienza acquisita, particolari oneri finanziari e in termini di personale, e il cui campo d'applicazione si rivela spesso piuttosto limitato⁵¹.

⁴⁹ Cfr. A. Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Ginevra etc. 2003, pag. 177-205 ; Jutta Krahe, *Das Haager Kinderschutzübereinkommen*, Francoforte sul Meno ecc. 2004.

⁵⁰ Cfr. *Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001)*, n. 1.13, in: *Guide de bonnes pratiques*, t. I, allegato 1.

⁵¹ L'accordo bilaterale del 31 ottobre 2005 con la Repubblica del Libano concernente la collaborazione in determinate questioni familiari prevede lo scambio di informazioni soltanto nel corso di una procedura e si limita a funzioni di conciliazione, che presuppongono l'uso della via diplomatica da parte della Com-

2. Valutazione e difesa degli interessi del minore nel corso della procedura

2.1 Ricorso a specialisti

La valutazione della questione relativa a un possibile ritorno del minore rapito nel suo Paese di provenienza implica necessariamente la ponderazione di molte circostanze importanti, concernenti la situazione personale e familiare del fanciullo. La decisione relativa al ritorno è di competenza dei tribunali svizzeri. L'autorità giudiziaria, considerata la formazione giuridica di chi la compone, da sola spesso non è in grado di acquisire e valutare correttamente tutti gli elementi psicologici e sociali determinanti. Anche per il tribunale è difficile, se non impossibile, tentare una conciliazione equilibrata se non conosce gli elementi essenziali che esulano dall'ambito giuridico. Il *ricorso a conoscenze multidisciplinari* offre il vantaggio di giungere più spesso a soluzioni consensuali e di avere la possibilità di meglio tutelare gli interessi del minore⁵².

La commissione propone pertanto che all'Autorità centrale e ai tribunali sia fortemente raccomandato di ricorrere all'ausilio di specialisti non giuristi, sia nel corso degli sforzi per giungere a una soluzione consensuale, sia nella procedura di accertamento dei fatti e, in seguito, in occasione della preparazione e dell'esecuzione del ritorno del minore. In Svizzera vi sono gli specialisti necessari. Per i tribunali è tuttavia spesso difficile trovare gli specialisti giusti e poter contare su di loro nel poco tempo che hanno a disposizione. La commissione propone che l'Autorità centrale, in collaborazione con i Cantoni, allestisca una rete organizzata a livello di regioni linguistiche e che comprenda gli specialisti disponibili. Le autorità cantonali e federali che contribuiranno ad allestire tale lista dovranno vegliare affinché vengano presi in considerazione soltanto gli specialisti che soddisfano tutti i requisiti relativi alla competenza materiale⁵³ e metodologica⁵⁴ nonché alla disponibilità. Analogamente possono venir coinvolte istituzioni che si occupano a titolo professionale dell'assistenza ai minori. Le specifiche competenze di ogni partecipante devono essere determinate e rese note.

Si parte dal presupposto che gli specialisti a disposizione debbano essere ripartiti per regione linguistica, in modo che le persone disponibili possano essere contattate direttamente e il più rapidamente possibile. In questo modo, sotto la direzione dell'Autorità centrale e con l'ausilio dei Cantoni e di servizi privati, si dovrebbe perseguire la creazione di una cooperazione istituzionalizzata nella forma di una rete di risorse specialistiche. La commissione propone che il legislatore crei un'apposita base legale, con la possibilità però di affidare agli specialisti e alle istituzioni il compito di strutturare e di definire le funzioni essenziali di questa rete.

Nei singoli casi il ricorso a specialisti dovrebbe essere previsto in modo da permettere di elaborare il più rapidamente possibile un progetto di soluzione del caso di rapimento e di coordinare in modo conseguente i diversi interventi. Su iniziativa dell'Autorità centrale⁵⁵, il «*care team*» creato ad hoc si occuperebbe della pianificazione e dell'esecuzione delle varie fasi, con la possibilità di coinvolgere anche i genitori, gli eventuali avvocati e il curatore del minore. Potrebbe anche essere

missione mista. Si può menzionare anche la Dichiarazione d'intenti tra Svizzera e Australia del 29 novembre 1991 (FF 1992 II 1194, n. 2), che non è praticamente mai stata applicata.

⁵² La mozione (trasformata in postulato) Vermot-Mangold del 7 maggio 2003 (03.3214 - Convenzione dell'Aia sul rapimento internazionale di minori. Protezione dei fanciulli) chiede che sia effettuata una perizia neutra da parte di uno psicologo dell'infanzia.

⁵³ Si pensi a: psicologia dello sviluppo, psichiatria infantile, psichiatria degli adulti, dinamica familiare, mediazione familiare, teoria della negoziazione, conoscenze procedurali, conoscenze in materia di conflitti interculturali e di comunicazione multiculturale (incluse le conoscenze linguistiche), formazione ed esperienza in materia di diritto internazionale della famiglia (in qualità di curatore, avvocato o giudice), conoscenze dei singoli Paesi e degli ambienti culturali.

⁵⁴ Si pensi a: soluzione di problemi in ambito specificatamente familiare, consulenza psicologica e psichiatrica, tecniche di mediazione dei conflitti, mediazione, presa a carico di minori, consulenza in casi internazionali di diritto della famiglia, perizie specialistiche (in singoli casi).

⁵⁵ Sulla base dell'art. 7 cpv. 2 lett. b, c, d e h e dell'art. 10 della Convenzione.

creato un contatto con il tribunale cantonale competente. Il raggruppamento dei partecipanti ha come scopo di impedire una dispersione della responsabilità a un gran numero di persone di riferimento, ciò che confonderebbe i genitori e intensificherebbe la situazione conflittuale⁵⁶.

In una prima fase si tratta di creare i *contatti* con tutte le persone coinvolte e con possibili consulenti, effettuando in seguito un'*analisi di base della situazione e del conflitto*, in modo da identificare i problemi chiave posti nel caso concreto. In una seconda fase sarà possibile strutturare la vera e propria *consulenza, conciliazione o mediazione*.

La rete di specialisti e istituzioni a disposizione in caso di rapimento di minori sarebbe in grado di procurare le conoscenze necessarie in caso di rapimenti di minori dalla Svizzera verso l'estero e di assistere il genitore rimasto in Svizzera. Tali prestazioni potrebbero consolidare notevolmente il sostegno fornito attualmente dall'Autorità centrale svizzera. Inoltre, la rete di specialisti potrebbe rimanere a disposizione anche dopo il ritorno in Svizzera del fanciullo rapito, assicurando in tal modo un sostegno che oggi viene fornito su base privata in casi isolati. D'altro lato occorre osservare che, anche di fronte a un moderato aumento della loro attività, l'effettivo in termini di personale e le risorse finanziarie delle Autorità centrali si rivelerebbero in breve tempo troppo esigui.

2.2 Procedura di conciliazione e di mediazione

La Convenzione presuppone che il ritorno avvenga possibilmente su base volontaria. Anche la procedura va quindi strutturata in modo che venga innanzitutto ricercata una soluzione consensuale.

Di regola l'Autorità centrale, immediatamente dopo aver ricevuto una domanda in vista del ritorno, cerca di orientare le parti verso una *composizione amichevole del conflitto*. Ciò riesce in un numero considerevole di casi. In futuro anche l'Autorità centrale potrà contare su contributi da parte di specialisti non-giuristi, se ciò permetterà di giungere a una soluzione più rapida e convincente, senza dover portare il caso dinanzi a un tribunale. L'Autorità centrale non dispone delle conoscenze interdisciplinari che le permettono di valutare situazioni difficili in cui possono venirsi a trovare i minori, e tende quindi a esortare il genitore rapitore a far ritornare il fanciullo, senza disporre di una conoscenza globale della situazione del minore.

Laddove la situazione familiare si rivela estremamente conflittuale, l'Autorità centrale spesso non è in grado di affrontare la situazione. La domanda in vista del ritorno e la questione relativa all'adozione di eventuali misure di protezione vanno quindi affidate il più rapidamente possibile al *tribunale* cantonale competente in materia di rapimento di minori. Il fatto di rivolgersi a un tribunale non deve far degenerare il conflitto familiare in caso giudiziario aspramente combattuto. Il tribunale competente, conformemente alle direttive della convenzione, deve favorire innanzitutto la ricerca di una soluzione consensuale.

La commissione ritiene utile e necessario prevedere a livello di legge che la *procedura giudiziaria di accertamento dei fatti sia preceduta dalla ricerca di una soluzione amichevole del conflitto*. Nei casi in cui non sia già stato intrapreso dall'Autorità centrale, il tentativo di composizione amichevole deve essere ordinato dal tribunale. Una simile procedura non deve tuttavia essere condotta dal tribunale. Il tribunale dovrà essere in grado di affidarsi a terzi e a specialisti di provata esperienza. A tal scopo potrà rivolgersi alla costituenda rete di esperti.

Secondo la commissione dovrebbe trattarsi di una «procedura di conciliazione o di mediazione». Il *conciliatore* cerca di avvicinare le posizioni delle parti, portandole a un accordo. Il *mediatore*

⁵⁶ Esistono esperienze analoghe in relazione alla «Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles (MAMIF)», istituita dal Ministero della giustizia francese, cfr. D. Ganancia, *La médiation familiale internationale: une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers?*, in: *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes Colloque Lyon 2003, Bruxelles 2004, pag. 325-335.

segue una procedura più strutturata, nell'ambito della quale può anche proporre opzioni che le parti inizialmente non hanno preso in considerazione o non ritenevano praticabili.

La mediazione è un moderno istituto di composizione amichevole dei litigi, affermatosi da qualche tempo anche in Svizzera e applicato nella prassi⁵⁷. La mediazione familiare in caso di divorzio e separazione può basarsi su un'esperienza quasi ventennale, e viene spesso proposta alle parti da giudici e avvocati come strumento alternativo di risoluzione dei conflitti, soprattutto in casi in cui sono coinvolti minori⁵⁸. A livello europeo la attende una grossa diffusione⁵⁹. Essa è già prevista per la collaborazione tra autorità in casi concernenti la responsabilità genitoriale⁶⁰. La mediazione dovrebbe pertanto essere impiegata al fine di dirimere conflitti familiari in caso di rapimento di minori, perlomeno nella misura in cui nel caso concreto il tribunale può sperare in un successo di tale procedura e se permette di rispettare il principio di celerità⁶¹. La mediazione ha anche un importante vantaggio: a differenza del tribunale, il mediatore può porsi la questione relativa al ritorno del fanciullo rapito nel contesto globale del rapporto tra il minore e i suoi genitori, includendo quindi la regolamentazione del diritto di custodia e di affidamento e la struttura futura del legame familiare⁶². L'esperienza insegna che il ritorno del fanciullo rapito, per come è previsto nella Convenzione, non può risolvere il conflitto familiare. Viene risolto soltanto un aspetto parziale, il cui peso emozionale tuttavia persiste se non viene risolta la questione relativa all'affidamento.

Il tribunale deve operare una scelta tra una procedura di conciliazione e una di mediazione, tenendo conto delle circostanze concrete e consultando le parti. In linea di principio la mediazione avviene *in via confidenziale* anche nei confronti del tribunale, e le opinioni espresse dalle parti in tale procedura non vengono prese in considerazione nella procedura giudiziaria. Il tribunale deve valutare se questa procedura offre maggiori probabilità di successo, vegliando affinché le discussioni tra le parti non si prolunghino eccessivamente. Una volta conclusa la procedura di conciliazione o di mediazione, al tribunale viene trasmesso un rapporto che specifica se è stata o no raggiunta un'intesa. Tale rapporto può fornire indicazioni dettagliate sui problemi posti e sulle possibili soluzioni, se tutte le parti lo consentono.

È pure molto importante che il genitore leso nei suoi diritti a causa del rapimento abbia la possibilità di partecipare alla procedura in Svizzera. Questo vale in primo luogo per i tentativi di conciliazione e di mediazione. Alla luce della prospettiva, spesso molto realistica, di un'intesa, nessun

⁵⁷ Cfr. in merito anche gli articoli 216-218 del progetto di Codice di procedura civile svizzero (stato: settembre 2005). Cfr. anche Dominique Brown-Berset, La médiation commerciale: un géant s'éveille, ZSR 2002 pag. 319-424.

⁵⁸ Cfr. Marianne Galli-Widmer, Familie und Scheidung, Die Familienmediation im Kanton Tessin, AJP 1994, pag. 867-871.

⁵⁹ In seno all'UE è in fase di preparazione una direttiva concernente la mediazione in materia civile e commerciale (proposta della Commissione: COM[2004] 718 del 22.10.2004). Cfr. Jean A. Mirimanoff, L'eurocompatibilité de la loi n° 8931 sur la médiation civile, Note à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi genevoise, confrontée aux critères de Strasbourg et de Bruxelles, SJ 2005 II S. 125-139. La mediazione nei casi internazionali si basa anche sulla Raccomandazione R(98) 1 del 21 gennaio 1998 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla mediazione in ambito familiare, n. VI. Per quel che concerne la mediazione in conflitti che coinvolgono minori, si applicano anche l'articolo 13 della Convenzione europea del 25 gennaio 1996 e l'articolo 31 lettera b della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei fanciulli.

⁶⁰ Cfr. l'articolo 55 lettera e del Regolamento (CE) n°. 2201/2003 del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, Gazzetta ufficiale n°. L 338/1.

⁶¹ Cfr. la pertinente raccomandazione in: Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), n°. 1.10, in: Guide de bonnes pratiques, vol. I, allegato 1. Cfr. nello stesso senso la Raccomandazione R(98) 1 del 21 gennaio 1998 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulla mediazione in ambito familiare, n°. VIII. Cfr. inoltre Nika Witteborg, Zur Rückführung des Kindes im Rahmen des Haager Entführungsübereinkommens, IPRax 2005 pag. 330-335 (334 seg.).

⁶² Vgl. Britta Sievers/Sabine Benisch, Mediation in grenzüberschreitenden Sorge- und Umgangs-konflikten, Probleme und Perspektiven, Kind-Prax 2005 pag. 126-132.

investimento dovrebbe essere ritenuto troppo ingente per superare gli ostacoli finanziari, temporali e geografici che possono porsi⁶³. Se tali ostacoli dovessero tuttavia rivelarsi troppo ostici, sarebbe immaginabile la via della *comediazione* a distanza, in cui i mediatori nello Stato di provenienza e quelli in Svizzera collaborano tra di loro⁶⁴.

2.3 Partecipazione del minore alla procedura

L'attuale prassi in vigore in Svizzera presuppone in misura preponderante che il genitore rapitore che partecipa alla procedura tenga conto degli interessi del minore.

I tribunali possono senz'altro ordinare un'*audizione* del minore alle stesse condizioni applicabili in altre procedure analoghe, sulla base degli articoli 144 capoverso 2 e 314 numero 1 CC. In mancanza di una disposizione legale applicabile ai casi di rapimento, ci sembra opportuno chiarire che una tale audizione deve avere luogo, indipendentemente da una domanda di una parte.

Nell'ambito di procedure applicabili a casi di rapimento, finora soltanto raramente è stato nominato un *curatore* al minore rapito. In considerazione delle situazioni conflittuali particolarmente gravi caratteristiche di simili procedure, i gravi motivi all'origine della nomina di una curatela sono paragonabili a quelli previsti nel contesto della procedura di divorzio, all'articolo 146 CC⁶⁵. In linea di principio la nomina di un curatore al minore rapito si impone in tutti i casi che non hanno potuto essere risolti prima della trasmissione della domanda alle autorità giudiziarie. Ciò dovrebbe valere anche per i minori capaci di discernimento, poiché non sarebbero in grado di valutare appieno le questioni complesse che regolarmente vengono poste. In certi casi può tuttavia rivelarsi opportuno nominare un rappresentante al minore già in uno stadio iniziale della procedura, quando una domanda in vista del ritorno non è ancora stata formalmente presentata e non è pendente presso il tribunale competente. Anche in un simile caso il curatore deve essere nominato dal tribunale cantonale competente; l'Autorità centrale non è adatta a tale scopo, in particolare in considerazione delle vie di ricorso di diritto amministrativo.

La rappresentazione del minore su un piano indipendente dai genitori si impone anche perché il fanciullo deve essere correttamente rappresentato nella procedura in quanto *parte*. In un recente caso, il Tribunale federale ha riconosciuto al bambino rapito la capacità di essere parte⁶⁶. Dal profilo materiale, la domanda del fanciullo di essere considerato parte nella procedura viene esaminata in maniera diversa rispetto a quella della madre. Per questo il minore deve avere qualità di parte: nessun altro partecipante alla procedura può infatti rappresentare la sua posizione giuridica. La capacità del minore di essere parte e di ricorrere risulta inoltre dall'articolo 11 capoverso 2 Cost. (se capace di discernimento) e dall'articolo 8 CEDU⁶⁷. Il diritto di partecipare alla procedura è previsto anche dall'articolo 9 capoverso 2 della Convenzione sui diritti del fanciullo. La giurisprudenza ha chiarito che la regolamentazione del diritto di visita fa parte dei diritti della personalità del fanciullo e che pertanto (di regola a partire da 12 anni) i minori capaci di discernimento posso-

⁶³ Cfr. Niccolò Raselli, Suisse, in: Exécution des décisions relatives au retour et au droit de visite, La lettre des Juges, printemps 2004, pag. 48-52 (52).

⁶⁴ A tale scopo esiste già un gruppo di mediazione professionale istituito a partire dal 2003 dai ministeri della giustizia tedesco e francese, completato da una rete attualmente in via di costituzione sotto la direzione della *Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation* (BAFM). Nello stesso senso è attiva l'organizzazione specialistica britannica REUNITE, www.reunite.org.

⁶⁵ Ciò corrisponde anche a quanto previsto dall'articolo 301 del disegno di Codice di procedura civile svizzera (stato: settembre 2005). L'articolo 304 numero 4 prevede tuttavia che in procedure concernenti rapimenti di minori, il tribunale debba unicamente valutare l'opportunità di ordinare una rappresentazione del minore. Un simile indebolimento del diritto del minore alla nomina di un curatore e di un rappresentante non è giustificato.

⁶⁶ DTF 18.5.2004, 5P.151/2004, AJP 2005 pag. 106, SZIER 2005 pag. 394. Per una decisione precedente cfr. DTF 16.10.2001, 5P.477/2000, cons. 1b.

⁶⁷ Cfr. la decisione del 26.9.2002 della Corte eur. DU, concernente l'entrata nel merito del ricorso nel caso Sylvester.

no agire in modo autonomo (o per mezzo di un rappresentante di loro scelta)⁶⁸. La stessa soluzione deve valere per la rappresentazione dei diritti del fanciullo in caso di rapimento di minori. Questo comporta anche la necessità di rendere attento il fanciullo ai suoi diritti processuali.

Nel designare i curatori, i tribunali devono rivolgersi ad avvocati che dispongono non soltanto delle necessarie conoscenze specialistiche e linguistiche, ma che sono anche in grado di valutare la situazione del fanciullo e i suoi interessi senza essere influenzati dai genitori e di rappresentare in modo indipendente gli interessi del minore⁶⁹.

3. Valutazione della domanda in vista del ritorno conformemente al bene del minore

3.1 Il bene del minore

La disposizione determinante per comprendere l'importanza della Convenzione dell'Aia e il ruolo svolto dal bene del minore è l'*articolo 13 capoverso 1 lettera b*, che permette di negare il ritorno qualora fosse dimostrato

«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».

La domanda in vista del ritorno può essere respinta anche quando è stata presentata dopo il termine di un anno previsto dall'articolo 12 capoverso 1 e da allora il minore «si è integrato nel suo nuovo ambiente» (art. 12 cpv. 2)⁷⁰ o se il ritorno «non fosse permesso dai principi fondamentali dello Stato richiesto sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (art. 20). Nella prassi questi motivi di rifiuto hanno tuttavia un'importanza limitata.

La regola fondamentale dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b non utilizza la *nozione di bene del minore*. Il rapimento non deve procurare un vantaggio al genitore rapitore, togliendo al tribunale competente nello Stato di dimora abituale del minore la possibilità di valutare il bene del minore e peggiorando in tal modo la posizione del genitore che vive in tale Stato e il cui diritto di custodia è stato leso⁷¹. La decisione concernente il ritorno non deve essere compresa nemmeno come decisione relativa all'autorità parentale, che spetta esclusivamente al tribunale del Paese di provenienza del minore (art. 16). La Convenzione si fonda quindi sul principio del ritorno del minore, senza che una valutazione approfondita del bene del fanciullo, necessaria per analizzare la questione dell'autorità parentale, possa essere determinante per questa decisione.

⁶⁸ DTF 120 Ia 369 segg., 371 seg.; DTF 2.9.2005, 5C.51/2005, cons. 2.2.

⁶⁹ La specificità della questione ha portato in Germania all'istituzione del «*Verfahrenspfleger*». Cfr. Manuela Stötzel/Jörg M. Fegert, *Der Verfahrenspfleger als gerichtlicher Interessenvertreter für Kinder und Jugendliche in Deutschland*, FamPra.ch 2005 pag. 504-517; Johannes Peetz, *Die Stellung des Verfahrenspflegers in gerichtlichen Verfahren zur Erzwungung der Herausgabe eines Kindes von einem Elternteil an den andern und Wahrung der Rechte der Kinder*, Regensburg 2005.

⁷⁰ Cfr. in merito, ad esempio, DTF 18.11.2002, 5P.310/2002, cons. 2, FamPra.ch 2003 n° 66, pag. 470, SZIER 2003 pag. 423; DTF 18.8.2005, 5P.254/2005, cons. 2.

⁷¹ Tale comportamento unilaterale del rapitore rende in linea di principio necessario il ritorno del minore. La Convenzione non permette di eseguire un ritorno soltanto dopo una decisione definitiva sull'affidamento (Interpellanza Hubmann del 7 maggio 2003 [03.3208 – Protezione dei fanciulli] e motivazione della mozione Leuthard [03.3235 – Benessere del fanciullo e Convenzione dell'Aia]). Il rifiuto o il ritardo del ritorno peggiorerebbero chiaramente la posizione del genitore i cui diritti sono stati lesi. Una volta emanata la decisione sull'affidamento nello Stato di provenienza, in Svizzera potrebbero sorgere ulteriori difficoltà e ritardi causati dal fatto che il rapitore argomenta che la decisione materiale è contraria all'ordine pubblico elvetico (cfr. DTF 129 III 250 ff., 255 f.; Bucher, SZIER 2003 pag. 389-392) e non potrebbe pertanto essere riconosciuta o esplicitare effetti in Svizzera.

Ciò non significa tuttavia che il bene del minore non abbia rilevanza nell'applicazione dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b. La possibilità che il ritorno ponga il minore in una «situazione intollerabile» deve necessariamente essere valutata alla luce del suo bene. Dal tenore di questa disposizione risulta inoltre chiaro che si tratta della situazione del minore, e che il comportamento di terzi, inclusi i genitori, non è determinante. L'interpretazione dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b si basa anche sul preambolo della Convenzione, in cui gli Stati firmatari si dicono convinti che «l'interesse del minore è d'importanza primaria per ogni questione relativa alla sua custodia». L'invocazione del bene del minore può impedire il ritorno unicamente se comporta il grave rischio di arrecare un danno fisico o psichico o se metterebbe in altro modo il fanciullo in una «situazione intollerabile». Una mera lesione del bene del minore, se non può essere considerata intollerabile, non basta a impedire il ritorno.

L'articolo 13 capoverso 1 lettera b esige una ponderazione dei punti di vista determinanti, basati sul bene del minore ma che non portano alle medesime soluzioni:

il rapimento lede il bene del minore poiché lo toglie illecitamente all'altro genitore titolare del diritto di custodia e mira a eludere il diritto legittimo di questo genitore alla regolamentazione del diritto di custodia nel luogo della dimora abituale del minore. Nel singolo caso, ma anche in un'ottica di prevenzione generale, un simile atto va corretto riportando il fanciullo nel luogo della sua dimora abituale.

D'altro canto il ritorno può ledere il bene del minore, se gli arreca danno o se lo pone in altro modo in una situazione contrastante con i suoi interessi essenziali.

In quanto disposizione che prevede un'eccezione, all'articolo 13 capoverso 1 lettera b spetta il ruolo di operare la compensazione tra questi diversi punti di vista determinanti per il bene del minore. Il ritorno non deve quindi avvenire se la lesione del bene del minore è talmente grave da non potergliela imporre. In questo contesto è necessario e possibile applicare la disposizione in modo conforme al bene del minore. Il rapporto esplicativo di E. Pérez-Vera menziona pure che i motivi di rifiuto previsti dalla Convenzione costituiscono «manifestations concrètes du principe trop imprécis qui proclame que l'intérêt de l'enfant est le critère vecteur en la matière»⁷² e che anche l'articolo 13 capoverso 1 lettera b si fonda chiaramente sulla «prise en considération de l'intérêt de l'enfant»⁷³.

Già in decisioni precedenti il Tribunale federale aveva osservato che l'articolo 13 della Convenzione serve a prendere in considerazione gli interessi essenziali del minore⁷⁴ e che l'articolo 13 capoverso 1 lettera b implica che il bene del minore è prioritario rispetto al ritorno di un minore rapito⁷⁵.

3.2 Problemi a livello di prassi

In materia di rapimento di minori, la prassi svizzera necessita di correttivi sotto tre aspetti.

⁷² Cfr. Actes et documents de la 14e session 1980, L'Aia 1982, pag. 425-473 (432 n°. 25).

⁷³ Cfr. Actes et documents de la 14e session 1980, L'Aia 1982, pag. 425-473 (433 n°. 29).

⁷⁴ DTF 123 II 419 segg., 423.

⁷⁵ DTF 13.9.2001, 5P.160/2001, cons. 4 b/aa, ultimo paragrafo, AJP 2002 pag. 471, SZIER 2002 pag. 299.

a) *Controllo del collocamento presso terzi dopo il ritorno nel Paese di provenienza*

La giurisprudenza riconosce che un minore rapito non deve ritornare per poi essere affidato a un genitore, se quest'ultimo potrebbe manifestamente esercitare un influsso nocivo per mezzo di violenze o altre azioni. In simili casi la prassi si accontenta della prova che il fanciullo può essere ricondotto nel suo Paese di provenienza in un altro modo, senza essere esposto al pericolo rappresentato dal genitore. La giurisprudenza presuppone che, secondo la Convenzione, sia sufficiente che il minore possa essere ricondotto nello Stato della sua dimora abituale, senza dover dimostrare come e dove il fanciullo verrà accolto⁷⁶. Non si esamina quali condizioni di vita il minore troverà dopo il suo ritorno, e in linea di principio il ritorno non viene nemmeno subordinato al fatto che il genitore rapitore possa o no accompagnare il fanciullo⁷⁷. L'interesse del minore viene preso in considerazione soltanto in linea generale, senza chinarsi sulla situazione individuale del fanciullo. La messa in pericolo dello sviluppo del minore o addirittura un trauma psichico causato dal ritorno non vengono sufficientemente presi in considerazione.

Tale applicazione dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b limita in modo inutile la valutazione del criterio della «situazione intollerabile». Secondo questa disposizione, in caso di situazione intollerabile il ritorno non deve avvenire, nemmeno quando l'equilibrio psichico del minore subisce un grave pregiudizio a causa di un collocamento presso terzi in seguito alla separazione dalla madre (la quale non vuole o non può accompagnare il fanciullo), oppure se il ritorno di madre e figlio è difficilmente sopportabile a causa della scarsa integrazione nel Paese in questione.

b) *Collaborazione con le autorità del Paese di provenienza*

La prassi svizzera sfrutta raramente le possibilità di cooperare con le autorità del Paese di provenienza del minore. In casi sporadici il Tribunale federale ha accennato che la decisione che ordina il ritorno può essere presa in modo più agevole, se le autorità del Paese di provenienza garantiscono che sarà possibile adottare misure di protezione del fanciullo in caso di ritorno⁷⁸. Occasionalmente nella prassi viene chiesta la collaborazione delle autorità estere. Per un'applicazione della Convenzione conformemente agli interessi del fanciullo occorre tuttavia coinvolgere queste autorità nel corso della fase di accertamento dei fatti.

Nel collaborare con le autorità del Paese in cui soggiorna il minore, in diversi Paesi anglosassoni è prassi costante adottare misure che permettono di facilitare e rendere più sopportabile il ritorno del fanciullo⁷⁹. In alcuni casi il ritorno può anche essere subordinato alla condizione che tali autorità adottino concretamente le misure previste (*mirror orders*), prima che il ritorno sia deciso ed eseguito. La Conferenza dell'Aia approva chiaramente questa prassi. L'Autorità centrale svizzera è a disposizione per fornire ogni aiuto utile in tal senso, senza tuttavia intervenire eccessivamente presso i tribunali. Un sostegno chiaramente espresso da parte dell'Autorità centrale sarebbe certamente di grande aiuto.

Per applicare la Convenzione, e l'articolo 13 capoverso 1 lettera b in particolare, conformemente agli interessi del minore, occorre sfruttare completamente tutti i canali a disposizione, al fine di

⁷⁶ La sentenza parla in termini generali di ritorno «in Germania» (DTF 17.12.2004, 5P.437/2004, cons. 2, SZIER 2005 pag. 411) o «in Spagna» (DTF 131 III 334 segg., 344 [senza dispositivo], AJP 2005 pag. 744 segg., 748, SZIER 2005 pag. 415 segg., 420).

⁷⁷ Cfr. DTF 11.4.2002, 5P.65/2002, cons. 4, Praxis 2003 n. 122, FamPra.ch 2002 n. 95 pag. 618, SZIER 2003 pag. 407; 31.1.2003, 5P.263/2002, cons. 4.2, FamPra.ch 2003 n. 67 pag. 476; 27.3.2003, 5P.71/2003, cons. 2.4.2, FamPra.ch 2003 n. 97 pag. 716, SZIER 2003 pag. 411.

⁷⁸ DTF 18.11.2002, 5P.310/2002, cons. 3.1-3.3, FamPra.ch 2003 n. 66 pag. 470, SZIER 2003 pag. 423; DTF 27.3.2003, 5P.71/2003, cons. 2.2 und 2.3, FamPra.ch 2003 n. 97 pag. 716, SZIER 2003 pag. 411; DTF 15.10.2004, 5P.354/2004, cons. 3, SZIER 2005 pag. 405.

⁷⁹ Cfr. Paul R. Beaumont/Peter E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford 1999, pag. 156-172.

farsi un'immagine il più realistica e completa possibile delle conseguenze del ritorno del fanciullo. Ciò si rivela inoltre necessario al fine di preparare il rimpatrio. In base all'articolo 13 capoverso 3, il tribunale giudicante deve tener conto delle informazioni ottenute dalle autorità dello Stato della dimora abituale del minore concernenti la sua situazione sociale. Tale obbligo deve essere rispettato più scrupolosamente.

La prassi giudiziaria non tiene conto a sufficienza del fatto che, secondo l'articolo 7 lettera h della Convenzione, il compito di «assicurare sul piano amministrativo, se necessario e opportuno, il ritorno senza pericolo del minore» non spetta soltanto all'Autorità centrale svizzera, ma anche alle autorità a essa indirettamente collegate. Nell'ambito della Conferenza dell'Aia, la Svizzera si è adoperata affinché l'obbligo di cooperare venga concretizzato meglio e più chiaramente⁸⁰. La Conferenza ha approvato pertinenti raccomandazioni⁸¹. I tribunali svizzeri dovrebbero quindi vegliare maggiormente affinché il ritorno del minore venga adeguatamente preparato ed eseguito in collaborazione con l'Autorità centrale.

c) *Sanzione del comportamento del genitore rapitore*

Nell'ambito dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b, secondo la giurisprudenza svizzera il rapitore non può sostenere che non gli è possibile accompagnare il minore in occasione del ritorno, poiché una simile argomentazione significherebbe che il rapitore trae vantaggio dal suo comportamento illecito⁸². Un'eccezione è prevista unicamente per le madri e i neonati. In tutti gli altri casi l'argomentazione della madre viene respinta in blocco⁸³, senza esaminare dettagliatamente se l'atteggiamento della madre poggia su motivi oggettivamente sostenibili. Se la madre si rifiuta di tornare, si ammette che anteponga i propri interessi a quelli del minore⁸⁴, e non va quindi preso in considerazione il fatto che il ritorno le sarebbe soggettivamente intollerabile, ad esempio perché si è sposata in Svizzera⁸⁵. Questa argomentazione non può tuttavia essere opposta al fanciullo rapito che si rifiuta di tornare⁸⁶.

Se la madre ha rapito il minore in violazione del diritto di custodia del padre, ha sicuramente agito illegalmente e ha giustificato l'applicazione della Convenzione. Invece, né l'articolo 13 capoverso 1 lettera b, né altre disposizioni della Convenzione permettono di concludere che per questo motivo la madre non possa invocare la sua situazione personale e che il giudice, nel valutare le conseguenze di un ritorno del minore, non debba tener conto del fatto che la madre ha eventuali motivi credibili che si oppongono al ritorno. L'articolo 13 capoverso 1 lettera b esige che la questione del ritorno del minore sia valutata esclusivamente alla luce della situazione in cui viene posto il mino-

⁸⁰ Cfr. Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (1997), Annexe II, Document de travail No 20, in: Guide de bonnes pratiques, Bd. I, Annexe 1.

⁸¹ Vgl. Conclusions et Recommendations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 (2001), Ziff. 1.13, in: Guide de bonnes pratiques, Bd. I, Annexe 1.

⁸² Cfr. DTF 130 III 530 segg., 534 seg.; DTF 11.4.2002, 5P.65/2002, cons. 4 c/bb, Praxis 2003 n° 122, FamPra.ch 2002 n° 95 pag. 618, SZIER 2003 pag. 407.

⁸³ Il Tribunale federale è categorico e ritiene che la separazione tra madre e figlio non costituisca un motivo per escludere il ritorno; la questione è controversa unicamente per i neonati, DTF 27.3.2003, 5P.71/2003, cons. 2.4.2, FamPra.ch 2003 n° 97 pag. 716, SZIER 2003 pag. 411; DTF 8.6.2004, 5P.156/2004, cons. 3.3, AJP 2005 pag. 109.

⁸⁴ DTF 18.11.2002, 5P.310/2002, cons. 3.4, FamPra.ch 2003 n° 66 pag. 470, SZIER 2003 pag. 423.

⁸⁵ DTF 27.3.2003, 5P.71/2003, cons. 2.4.2, FamPra.ch 2003 n° 97 pag. 716, SZIER 2003 pag. 411. Non è nemmeno rilevante il fatto che la madre sia perseguita penalmente, poiché il potenziale pericolo per il bene del minore esiste già a partire dal momento del rapimento; DTF 31.1.2003, 5P.263/2002, cons. 4.2.2.3, FamPra.ch 2003 n° 67 pag. 476.

⁸⁶ Come nel caso australiano W. Questo lascia aperto uno spiraglio, poiché il Tribunale federale, nella decisione sul ricorso del minore, non ha ripetuto la condanna del comportamento della madre, condanna espressa nella risposta al ricorso di quest'ultima (DTF 18.5.2004, 5P.151/2004, AJP 2005 pag. 106, SZIER 2005 pag. 394). Appare quindi assodato che il comportamento della madre non può tornare a svantaggio del figlio.

re. Un principio generale riconosciuto anche dal diritto civile svizzero sancisce che l'interesse del minore non va considerato in funzione del comportamento dei suoi genitori. La Convenzione dell'Aia va unicamente vista come uno strumento il cui scopo è quello di prevenire i rapimenti di minori o proteggere i minori rapiti, e non come mezzo per sanzionare il comportamento del genitore rapitore.

3.3 Rapimenti commessi dalla madre

Gli interventi parlamentari che chiedono un'applicazione della Convenzione più favorevole al minore vanno considerati soprattutto come una reazione ai casi di minori rapiti dalla madre. Le dieci decisioni menzionate del Tribunale federale concernono tutte rapimenti commessi da madri. Anche sul piano internazionale i rapimenti commessi dalla madre, in quanto persona primariamente responsabile della custodia del figlio, sono chiaramente predominanti (circa il 70%). Ciò si spiega soprattutto con il fatto che in sempre più Stati il diritto di custodia viene esercitato in comune dai genitori, anche dopo una separazione o un divorzio. Di conseguenza, un genitore non può lasciare con il figlio lo Stato di soggiorno senza il consenso dell'altro genitore o del tribunale. Il crescente numero di rapimenti commessi dalla madre si spiega anche con il fatto che le donne si stabiliscono nel Paese d'origine del marito e vi fondano una famiglia, senza disporre tuttavia di una propria rete di contatti sociali ed economici. Se la relazione si rompe, alla madre restano aperte soltanto poche possibilità per dare ancora un senso alla sua permanenza in quel Paese, mentre il ritorno in patria le permetterebbe di integrarsi con facilità nella cerchia familiare e nell'ambiente di vita precedente. Ciò vale in particolare se la madre deve proteggersi dalla violenza del partner e padre del fanciullo, soprattutto quando dalle autorità locali non ci si può attendere alcun aiuto. Considerate queste circostanze, la critica al comportamento del genitore rapitore va presentata nella sua vera luce⁸⁷. La madre che rapisce il proprio figlio non agisce sempre per beneficio personale e per arrecare danno all'altro genitore, ma spesso perché indifesa o per la disperazione di dover sopportare il ruolo di persona sola con figli a carico in un Paese straniero⁸⁸. L'applicazione della Convenzione incentrata sull'interesse del minore non deve ignorare questi aspetti.

Un rapimento, con le tensioni e i conflitti che ne derivano, rappresentano per un bambino un peso da non sottovalutare, che va oltre ciò che deve patire nel contesto di litigi attinenti a un divorzio. Il minore viene coinvolto in un conflitto di lealtà, che si articola concretamente sulla disputa relativa al luogo in cui la famiglia vivrà in futuro. La semplice incertezza quanto al luogo della dimora futura, in aggiunta all'incombenza di un ritorno, sono particolarmente gravosi per la psiche del minore. Recenti ricerche hanno permesso di meglio mettere in luce gli effetti traumatici che gravano sull'equilibrio psichico del minore.

Nelle situazioni di rapimento particolarmente critiche verificatesi di recente, per la madre non è stato possibile o le è stato straordinariamente difficile riaccompagnare il figlio nello Stato in cui soggiornava prima del rapimento. In simili situazioni il patimento per il minore è ancora maggiore se la decisione che ordina il suo ritorno comporta una separazione dalla madre e la prospettiva di

⁸⁷ In questo senso si esprime E. Pérez-Vera nel suo rapporto esplicativo : "... même dans l'optique choisie, il fallait admettre que le déplacement d'un enfant peut parfois être justifié par des raisons objectives touchant soit à sa personne, soit à l'environnement qui lui était le plus proche", Actes et documents de la 14^e session 1980, La Haye 1982, pag. 425-473 (432 n^o. 25).

⁸⁸ Cfr. in merito anche la motivazione della mozione Leuthard dell'8 maggio 2003 (03.3235 – Benessere del fanciullo e Convenzione dell'Aia). Nel suo rapporto indirizzato alla commissione, la Fondazione svizzera del Servizio sociale internazionale rileva: "De manière générale, on peut comprendre les *réticences du parent enleveur à retourner dans l'Etat de la résidence habituelle*. En effet, le risque est grand de se retrouver face à des poursuites pénales, des mauvais traitements conjugaux, des difficultés d'intégration, des pressions familiales ou une perte de contact avec l'enfant. A ce titre, il s'agirait de s'éloigner de la conception selon laquelle c'est à l'auteur de l'enlèvement seul de supporter les conséquences de son comportement répréhensible – chose au demeurant tout à fait fautive, la victime de l'enlèvement selon la Convention étant l'enfant – pour concentrer ses efforts sur la mise en place des conditions de retour." (pag. 22).

abitare con il padre (che non è titolare primario del diritto di custodia) o presso terzi⁸⁹. Simili tragiche situazioni non possono essere affrontate con l'argomento secondo cui il minore deve sopportare unicamente le conseguenze del comportamento sbagliato della propria madre. Il fanciullo ha il diritto di non essere posto in una situazione che compromette gravemente il suo bene e che supera i limiti del sopportabile per un minore, a prescindere dal carattere illecito del comportamento di sua madre. È anche in questo che risiede il vero senso della Convenzione e dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b⁹⁰.

Occorre pertanto adeguare la prassi svizzera nell'applicazione dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b.

3.4 Applicazione della Convenzione in modo favorevole al minore

La Commissione formula diverse proposte al fine di permettere alla prassi futura di interpretare la Convenzione tenendo maggiormente conto della particolare situazione del fanciullo, e in tal modo applicare l'articolo 13 capoverso 1 lettera b prendendo in considerazione il bene del minore e rispettando quindi i principi fondamentali menzionati nel preambolo della Convenzione. Da un lato si tratta della struttura della procedura, e dall'altro della valutazione materiale dei criteri determinanti per il ritorno.

a) *Audizione delle persone coinvolte e ricorso a specialisti*

Nell'ambito della procedura occorre garantire l'audizione sistematica dei *minori* rapiti, così come avviene sulla base degli articoli 144 capoverso 2 e 314 numero 1 CC. Come nel diritto in materia di divorzio e misure, è opportuna la creazione di una base legale. Sul piano del diritto internazionale, la base legale si trova all'articolo 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo. Il minore deve essere coinvolto anche negli sforzi di conciliazione e di mediazione, nella misura in cui ciò sia opportuno considerata la sua età.

Entrambi i genitori devono, nel limite del possibile, partecipare alla procedura di conciliazione e di mediazione e in seguito all'accertamento dei fatti. L'esperienza insegna che grazie ai contatti personali è possibile ridurre le tensioni e giungere a soluzioni consensuali. Vale quindi la pena dar prova di buona volontà e impegnarsi con ogni mezzo a disposizione. Non è tuttavia possibile istituire un obbligo assoluto, poiché possono esserci casi in cui il richiedente che vive lontano incontra grosse difficoltà a trovare i mezzi finanziari necessari e il tempo per viaggiare in Svizzera. Occorre tuttavia non lasciare nulla di intentato, al fine di superare gli ostacoli finanziari e riuscire a concentrare le audizioni e le consultazioni necessarie in un breve periodo di tempo. Tale dispendio viene premiato in caso di successo della soluzione consensuale. Inoltre l'audizione delle persone interessate è utile ai fini dell'accertamento dei fatti e della preparazione di un eventuale ritorno. In questo contesto può anche essere possibile inserire nella decisione i timori espressi dalla madre in relazione al ritorno nello Stato di provenienza, e adottare in tale Stato i provvedimenti necessari a fugare tali timori⁹¹.

⁸⁹ Cfr. anche Katja Schweppe, *Kindesentführungen und Kindesinteressen*, Münster 2001, pag. 167-175, 182; Bucher, *SZIER* 2003 pag. 415-417.

⁹⁰ Nella sua decisione n° 10577 del 4 luglio 2003, la Corte di cassazione italiana ha rifiutato il ritorno del fanciullo rapito dalla madre e portato in Italia, poiché il rifiuto della madre di far ritorno in Israele avrebbe, in caso di ritorno, comportato per il figlio un trauma psicologico insopportabile; l'interesse del minore ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo va infatti valutato soltanto alla luce delle conseguenze che si ripercuotono sulla persona del minore, indipendentemente dal comportamento dei genitori (cfr. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2004, pag. 665).

⁹¹ Vgl. Niccolò Raselli, Suisse, in: *Exécution des décisions relatives au retour et au droit de visite*, La lettre des Juges, printemps 2004, pag. 48-52 (51).

A ogni stadio della procedura deve essere possibile ricorrere all'ausilio di *specialisti* non giuristi, il cui profilo e la cui disponibilità sono già stati esaminati in precedenza. Tali specialisti possono essere contattati già quando la domanda in vista del ritorno si trova ancora presso l'Autorità centrale ed esiste ancora la speranza di risolvere il conflitto senza bisogno di adire un tribunale. Gli specialisti devono tuttavia rimanere a disposizione dei tribunali durante ogni fase della procedura, in particolare per valutare l'opinione del minore.

Va fatto ricorso all'ausilio di specialisti anche per la conduzione di procedure di conciliazione e di mediazione. Per tali compiti ci si deve rivolgere unicamente a personale formato. Ciò vale in particolare in ambito di rapimento di minori: in tali casi non sono richieste tuttavia unicamente conoscenze giuridiche e linguistiche, ma anche in materia di scienze umane e sociali e in relazione alla provenienza culturale dei membri della famiglia interessati.

La *rete* di specialisti e istituzioni da costituire su proposta della Commissione fungerà da interlocutore e mediatore di esperti e altri consulenti appositamente formati.

b) *Applicazione dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b conformemente agli interessi del minore*

Si può stabilire in modo adeguato se il ritorno comporta per il minore un grave pericolo di pregiudizi fisici o psichici o lo pone altrimenti in una situazione intollerabile soltanto se si considera la *relazione del fanciullo con entrambi i genitori*. Le conseguenze di un ritorno devono essere valutate da un lato alla luce della relazione del fanciullo con il genitore autore della domanda, e dall'altro in considerazione della relazione con il genitore rapitore, indipendentemente dal carattere illecito del rapimento, del quale il minore non è responsabile.

Nella valutazione delle conseguenze di un ritorno del minore non bisogna tralasciare di ponderare il comportamento e la situazione del genitore rapitore, il cui atteggiamento influisce necessariamente sulla situazione del fanciullo. Tale comportamento è da prendere in considerazione quando occorre decidere se il ritorno pone il minore in una situazione intollerabile. La situazione si complica se il rapitore non può tornare nello Stato di provenienza con il minore o se non ci si può ragionevolmente attendere che lo faccia. In quasi tutti i casi critici si tratta della madre, nella sua qualità di persona di riferimento più importante per il minore.

Se dall'esame della domanda in vista del ritorno del minore risulta che il *genitore richiedente* è, almeno provvisoriamente, la persona più adeguata per prendersi cura del fanciullo, in linea di principio non è possibile invocare l'argomento secondo cui il ritorno potrebbe porre il minore in una situazione intollerabile. In questo caso il minore deve affrontare anche una separazione dalla madre, se questa dichiara di non voler riaccompagnare il fanciullo.

Si rendono tuttavia necessari chiarimenti nei casi in cui il ritorno nella custodia del genitore richiedente nel Paese di provenienza non entra in linea di conto nemmeno provvisoriamente, poiché potrebbe rivelarsi dannoso o intollerabile per il minore. Come già menzionato, la cooperazione con le autorità dello Stato di provenienza permette di accertarsi dell'esistenza di un simile rischio e di stabilire se le misure adottate in loco sono sufficienti a scongiurarlo. Una mancanza di cooperazione non aiuta certo a rafforzare la fiducia in tali autorità ai fini della protezione del fanciullo.

Se il tribunale a cui è stata inoltrata la domanda deve partire dal presupposto che il genitore rapitore, di regola la madre, non può riaccompagnare il figlio o che non ci si può ragionevolmente attendere il loro ritorno, ci si deve chiedere se la *separazione da entrambi i genitori*, inclusa la madre, e il collocamento presso terzi non porrebbero il minore in una situazione pregiudizievole e quindi intollerabile. La separazione del minore dalla propria madre va generalmente considerata come un grave pregiudizio al suo bene, se per il figlio la madre è la prima persona di riferimento e non è immaginabile un affidamento al padre dopo il ritorno, se il rapporto con questo genitore non lo permette. Un *collocamento del minore presso terzi*, che interromperebbe il rapporto con i geni-

tori, deve entrare in linea di conto unicamente in casi estremamente eccezionali. Il senso e lo scopo della Convenzione non può essere interpretato in modo che il minore debba essere svantaggiato anche in una simile situazione, solo per garantire la competenza di base delle autorità dello Stato di provenienza per la regolamentazione dell'affidamento. Una simile situazione è intollerabile per il minore, poiché lede manifestamente il suo bene, e va esaminata dal tribunale che deve pronunciarsi sulla domanda in vista del ritorno. Poiché questo non è garantito dalla prassi attuale, occorre una precisazione da parte del legislatore.

Un'altra categoria di casi critici è costituita da quelli in cui alla madre potrebbe all'occorrenza venir ordinato di ritornare, nel caso in cui venga disposto il ritorno del figlio. In un simile caso, secondo la prassi attuale, il ritorno viene ordinato senza che le parti che si oppongono alla domanda possano invocare l'argomento secondo cui una simile decisione non ha senso se è palese che *il genitore rapitore è anche colui che ha la custodia primaria del fanciullo*. In questi casi, la conseguenza pratica di un ritorno del minore nello Stato di provenienza consiste di regola nel fatto che genitore e figlio devono attendere in tale Paese la regolamentazione definitiva del diritto di custodia, per poi far di nuovo ritorno in Svizzera dopo l'atteso affidamento del minore alla madre e la regolamentazione complementare del diritto di visita del padre. Un simile andirivieni non ha senso per chi deve subirlo e si fonda unicamente sull'idea secondo cui la Convenzione dell'Aia esige un ritorno allo *statu quo*.

Il ritorno di un minore nel Paese di provenienza dovrebbe essere ordinato unicamente se il fanciullo può viverci con il genitore primariamente titolare del diritto di custodia, in condizioni adeguate al suo bene e ragionevolmente sopportabili anche per tale genitore. Se a causa del ritorno madre e figlio vivono separati dal padre e se per entrambi viene a mancare un ambiente socioeconomico ideale, la situazione non sarebbe né sopportabile né ragionevole, a maggior ragione se il padre non si rivelasse manifestamente adatto o non fosse interessato a esercitare il diritto di custodia e ad alloggiare il figlio. Occorre anche rilevare che i problemi e il carico psicologico che il genitore rapitore deve affrontare in occasione di un ritorno si ripercuotono sul minore, nocendo al suo equilibrio personale.

In una recente decisione concernente l'esecuzione di una sentenza di ritorno, il Tribunale federale ha ritenuto che il ritorno non ha più senso se le autorità dello Stato della precedente dimora abituale hanno già deciso che la custodia del minore va affidata al genitore rapitore⁹². Lo stesso dovrebbe tuttavia valere se le circostanze del caso mostrano chiaramente che il minore non può essere affidato al richiedente nel Paese di provenienza e che molto probabilmente la madre otterrà il pieno affidamento. Se il tribunale svizzero, in cooperazione con le autorità dello Stato di provenienza, riconoscono che tali circostanze sono altamente probabili, il ritorno del minore non ha più ragione di essere ordinato.

È attualmente riconosciuto a livello internazionale che la Convenzione non è lo strumento adatto ai casi in cui il richiedente esige il ritorno del minore essenzialmente per garantirsi e regolamentare nuovamente il *diritto di visita*, senza aspirare all'ottenimento dell'autorità parentale e senza volersi assumere la responsabilità dell'assistenza del minore. In simili situazioni, l'articolo 13 capoverso 1 lettera b va applicato in modo da non ledere inutilmente e gravemente il bene del fanciullo. Questa situazione è analoga a quella in cui l'accoglimento del figlio nella casa del padre autore della domanda in vista del ritorno non entra in linea di conto. In entrambi i casi, infatti, non si può contare sul fatto che il richiedente ottenga il diritto di custodia e di alloggiare il figlio a tempo indeterminato. In un simile caso il ritorno potrebbe avere un senso soltanto se ci si potesse ragionevolmente attendere che la madre si impegni personalmente a riaccompagnare il figlio nel Paese di provenienza. Negli altri casi il ritorno rappresenta per il minore un carico manifestamente troppo gravoso. In tali casi gli interessi del richiedente vengono presi in considerazione attraverso un'adeguata regolamentazione del diritto alle relazioni personali con il minore.

c) *Collaborazione con le autorità dello Stato di provenienza*

⁹² DTF 130 III 530 segg., 534.

In questo contesto è estremamente importante chiarire con la dovuta accuratezza le circostanze di un eventuale ritorno imposto al minore e al suo rapitore, prima che il ritorno venga ordinato da un'autorità giudiziaria. La collaborazione con le autorità dello Stato di provenienza, propugnata dalla commissione, e in particolare la possibilità di ordinare a queste autorità di adottare le misure accompagnatorie adeguate prima che in Svizzera venga deciso il ritorno, contribuisce in misura importante a rendere il ritorno sopportabile sia al minore che alla madre.

È quindi possibile che la preparazione del ritorno del minore e la disponibilità delle autorità locali a prestare la propria assistenza rendano inapplicabile il motivo di rifiuto basato sull'articolo 13 capoverso 1 lettera b⁹³. D'altro canto la mancata disponibilità a collaborare da parte del richiedente e delle autorità menzionate può indurre il tribunale svizzero a stabilire che il ritorno non può essere imposto al minore. Un ritorno non preparato o non preparato a sufficienza può porre il minore in una situazione difficilmente sopportabile tanto quanto il rapimento stesso. La separazione dal genitore rapitore, la mancanza di disponibilità da parte del genitore nello Stato di provenienza ad alloggiare e a prendersi cura del minore (vitto e alloggio) e le scarse possibilità di accoglienza predisposte dai servizi sociali locali e dalle autorità scolastiche sono fattori che possono minare in modo grave il bene del fanciullo. Ciò non deve essere sottovalutato dalle autorità e dai tribunali svizzeri.

3.5 La questione dell'onere della prova

L'articolo 13 capoverso 1 della Convenzione prevede che le circostanze rilevanti per i motivi di rifiuto devono essere «accertate» dalla parte che si oppone al rifiuto. Vi sono evidentemente molti elementi della fattispecie, essenziali per valutare se il ritorno può porre il minore in una situazione intollerabile, che non possono essere portati alla conoscenza del tribunale né da parte del genitore rapitore, né dal minore o dal suo curatore. L'articolo 13 prende già in considerazione questa circostanza, prevedendo al suo capoverso 3 che il tribunale deve tener conto delle informazioni sulla situazione sociale del minore, ottenibili presso le autorità dello Stato della dimora abituale del fanciullo. Le Autorità centrali sono tenute a garantire lo scambio di simili informazioni (art. 7 cpv. 2 lett. d).⁹⁴ Anche la prassi generale tendente alla cooperazione con queste autorità, promossa pure dalla Conferenza dell'Aia, non poggia su un'interpretazione rigorosa dell'obbligo della parte che si oppone al ritorno di «accertare» gli elementi della fattispecie determinanti per un motivo di rifiuto.

L'obbligo di accertare previsto dall'articolo 13 capoverso 1 non va quindi inteso nel senso di un onere di adduzione della prova, bensì di una regola oggettiva applicabile all'onere della prova. La parte che si oppone al ritorno deve sopportare le conseguenze di un eventuale mancata produzione della prova. Ciò non significa tuttavia che tale parte sia tenuta a dimostrare tutte le circostanze essenziali per la decisione. Il tribunale deve disporre di tutte le informazioni che gli permettano di stabilire in modo convinto se il ritorno minaccia o no di porre il minore in una situazione intollerabile ai sensi dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b. A tal fine la collaborazione con le parti è sicuramente molto importante. Per le parti vige un *obbligo di collaborazione* nella comunicazione

⁹³ Nell'Unione europea, se vengono presi provvedimenti adeguati al fine di garantire la protezione del minore dopo il suo ritorno, questo deve essere ordinato senza un margine per l'applicazione del motivo di rifiuto fondato sull'articolo 13 capoverso 1 lettera b (cfr. art. 11 cpv. 4 del regolamento n° 2201/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, GU 2003 L 338/1). Questa normativa è troppo severa per la Svizzera e non può essere generalizzata a Stati che non prevedono un sistema efficace di riconoscimento ed esecuzione di decisioni in materia di minori, come è il caso nell'UE.

⁹⁴ L'Autorità centrale può richiedere il rapporto menzionato dall'articolo 13 capoverso 3, se viene a conoscenza del rapimento e se il conflitto non sarà probabilmente risolvibile in tempi brevi. Non le occorre a tal fine un'ordinanza giudiziaria.

delle circostanze rilevanti⁹⁵. Sulla base dell'articolo 13 capoverso 3, spetta anche al tribunale, di sua spontanea volontà, completare la fattispecie con informazioni importanti per una valutazione conforme al bene del minore della disposizione fondamentale sancita dal capoverso 1 lettera b. Un'applicazione di questa disposizione conformemente, anche solo in misura limitata, al bene del fanciullo è possibile soltanto se l'autorità effettua *d'ufficio* i chiarimenti concernenti gli elementi effettivi del bene del minore, invece di lasciare tale responsabilità unicamente sulle spalle dei genitori. Questo deve valere anche per la domanda formulata nel postulato Vermot-Mangold concernente i maltrattamenti o l'abuso sessuale di fanciulli. Se un simile sospetto diviene fondato, l'autorità deve occuparsi d'ufficio della questione; non può accontentarsi di constatare che una simile circostanza deve essere «accertata» dal rapitore, tanto più che l'esperienza insegna che quest'ultimo può spesso trovarsi in uno stato di necessità.

3.6 Proposta

La commissione propone che l'interpretazione conforme all'interesse del fanciullo dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b della Convenzione dell'Aia del 1980 permetta di dedurre da tale disposizione che il ritorno pone il minore in una situazione intollerabile, in particolare se l'alloggio presso il genitore richiedente o presso terzi nel Paese di provenienza non corrisponde manifestamente all'interesse del fanciullo e se il genitore rapitore, alla luce di tutte le circostanze, non può far ritorno con il minore o non glielo si può ragionevolmente imporre.

Una simile applicazione dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b conformemente all'interesse del fanciullo non contraddice la disposizione. Illustra il senso e lo scopo di questa norma alla luce del bene del minore e in considerazione dell'attuale prevalenza di casi di rapimento commesso dal genitore principalmente responsabile della custodia del fanciullo (in linea di principio la madre).

In sé sarebbe preferibile che il tenore della Convenzione venga completato e chiarito in questo senso. La Svizzera potrebbe presentare una pertinente proposta alla Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato (cfr. parte III del presente rapporto). Ci vorranno tuttavia anni prima che tale intervento produca l'esito sperato. Nel frattempo vi è necessità di agire sul piano legislativo e a livello di prassi giuridica.

La normativa di legge proposta (art. 12 del progetto della commissione) ha lo scopo di chiarire il significato dell'articolo 13 capoverso 1 lettera b della Convenzione dell'Aia nell'ambito di casi determinati. Il fatto che l'articolo della Convenzione costituisca una norma di diritto direttamente applicabile non impedisce l'adozione di una disposizione completa. Nel diritto svizzero vi sono altri esempi simili, in particolare per quel che concerne il diritto del minore a essere consultato⁹⁶. L'articolo 13 capoverso 1 lettera b si rivolge sia al legislatore che ai tribunali. Non impedisce un chiarimento da parte del legislatore, in particolare se riesce ad allineare la giurisprudenza con il senso e lo scopo della norma di diritto internazionale.

⁹⁵ È questo il senso dell'articolo 38 capoverso 3 della legge tedesca del 26 gennaio 2005 sul diritto internazionale della famiglia (BGBl 2005 I pag. 162): «Die Beteiligten haben an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, wie es einem auf Förderung und Beschleunigung des Verfahrens bedachten Vorgehen entspricht.»

⁹⁶ L'articolo 144 capoverso 2 e 314 numero 1 CC concretizzano il contenuto dell'articolo 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, che è a sua volta stato giudicato sufficientemente chiaro e determinato dal Tribunale federale per essere applicato direttamente (DTF 124 III 90 segg., 92). Per altri esempi cfr. l'articolo 1(A) numero 2 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati (RS 0.142.30) e l'articolo 3 della legge sull'asilo (versione del 26 giugno 1998, RS 142.31) relativo alla nozione di rifugiato, nonché l'articolo II della Convenzione di Nuova York del 10 giugno 1958 concernente il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali estere (RS 0.277.12), in combinato disposto con gli articoli 7 e 178 capoverso 1 della legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (RS 291), relativi alla validità formale e all'efficacia dei patti d'arbitrato.

Questa proposta permette di effettuare un chiarimento, auspicato dalla prassi svizzera, per quel che concerne i casi particolarmente critici. In tal modo la Svizzera continua a rispettare il principio, sancito dalla Convenzione, relativo al ritorno dei minori rapiti. Inoltre, poiché nei vari Stati membri l'articolo 13 capoverso 1 lettera b viene applicato in modo differenziato, la Svizzera non ha nulla da temere dal profilo della reciprocità. Non esistono dati statistici dotati di forza probante degna di nota. Un'inchiesta globale del 1999, citata ancora oggi, mostra che all'epoca la metà dei quasi mille rapimenti di minori si erano conclusi con il ritorno dei fanciulli. Dei casi che hanno dovuto essere trattati dai tribunali (poco più del 40%), circa tre quarti si sono conclusi con una decisione di ritorno, e un quarto con il rifiuto della domanda, anche se tra i vari Stati vi sono notevoli differenze (nel 1999, ad esempio, i ritorni ordinati in via giudiziaria sono stati l'84% in Inghilterra, ma solo il 50% in Germania)⁹⁷. Anche sotto questo aspetto la proposta della commissione evita di rendere la Svizzera oggetto di critiche a causa del modo in cui applica la Convenzione.

4. Presa in considerazione della volontà del minore che si oppone al ritorno

In base all'articolo 13 capoverso 2, il ritorno può essere rifiutato se viene accertato che il minore «vi si oppone e che ha raggiunto un'età e una maturità tali che appare opportuno tener conto di questa opinione». La giurisprudenza considera che il limite d'età determinante è di circa 10 anni⁹⁸. Questa regola non va confusa con il diritto del minore di essere sentito. Nel contesto dell'articolo 13 capoverso 2 si tratta di stabilire se la volontà del minore è un fattore sufficiente per respingere la domanda in vista del ritorno.

La commissione ritiene che questa disposizione sia sensata e non necessiti di correttivi. Recentemente è invece emersa la particolare necessità di chiarire la nozione di volontà del minore: in un nuovo caso il Tribunale federale ha infatti deciso che i minori in questione non disponevano della necessaria maturità, nella misura in cui la loro volontà di non ritornare nello Stato in cui dimoravano precedentemente (in quel caso la Spagna) si basava su circostanze quali la loro stretta relazione con la madre, le difficili condizioni di vita in Spagna e la favorevole accoglienza nel nuovo ambiente e presso i nonni in Svizzera. In una simile situazione secondo il Tribunale federale non si poteva parlare di libera manifestazione di volontà, e questo in un caso in cui è stato espressamente ritenuto che la madre non ha direttamente influito sulle risposte date dai figli e in cui le istanze inferiori avevano rilevato che i minori avevano espresso la loro chiara e seria volontà di non far ritorno in Spagna⁹⁹.

Una simile valutazione del bene del minore svuota di ogni senso l'articolo 13 capoverso 2 della Convenzione e appare infondata anche alla luce del tenore di tale norma. È assolutamente normale che i figli reagiscano ed esprimano la loro opinione in funzione del loro vissuto e delle condizioni di vita del momento¹⁰⁰. Una precisazione legislativa è quindi necessaria, affinché l'articolo 13 capoverso 2 della Convenzione permetta come finora di tener conto della volontà del minore che si oppone al proprio ritorno¹⁰¹. Di conseguenza anche per la Svizzera occorre chiarire il senso e lo

⁹⁷ Cfr. Nigel Lowe, *In The Best Interest of the Child ?, Handling The Problem of International Parental Child Abduction*, in: *Internationaler Kinderschutz*, edito da Thilo Marauhn, Tübingen 2005, pag. 73-95 (89-93).

⁹⁸ Cfr. DTF 131 III 334 segg., 340.

⁹⁹ DTF 131 III 334 segg., 341-343. Per la decisione dell'11 novembre 2004 del Tribunale superiore del Cantone di Lucerna, cfr. LGVE 2004 I n°. 1 pag. 1 segg.

¹⁰⁰ È stato inoltre espresso il parere secondo cui l'articolo 12 capoverso 2 della Convenzione vieterebbe al tribunale di tener conto della volontà del minore anche qualora egli affermasse di trovarsi bene nel nuovo ambiente (DTF 131 III 334 segg., 338, 343). Se ci si basa sulla Convenzione, questa disposizione non ha sicuramente nessuna relazione con l'articolo 13 capoverso 2. La Convenzione non limita in alcun modo la nozione di volontà del minore, e certamente non per mezzo dell'articolo 12 capoverso 2, la cui applicabilità dipende dal fatto che il richiedente abbia o no agito entro il termine di un anno.

¹⁰¹ Cfr. a titolo di esempio la decisione del Giudice unico del Tribunale cantonale di San Gallo (SZIER 2001 pag. 246, GVP-SG 1999 n°. 79 pag. 183).

scopo della disposizione, di modo che l'opinione del minore venga considerata anche quando si fonda sulle circostanze del rapimento e sull'accoglienza in Svizzera, tenendo conto tuttavia dell'influsso diretto esercitato dal genitore che si oppone al ritorno.

5. Esecuzione della decisione di ritorno

5.1 Esecuzione efficace

Negli ultimi anni in Svizzera diverse procedure in vista del ritorno si sono protratte troppo a lungo, poiché le parti coinvolte, in seguito al trasferimento del domicilio in un altro Cantone, sono riuscite a intentare dinanzi al tribunale del nuovo Cantone un'azione contro l'esecuzione del ritorno, ottenendo una sentenza che privava di ogni effetto giuridico la decisione di ritorno. Ciò è divenuto possibile soprattutto perché la decisione di ritorno non contiene indicazioni riguardo alle modalità dell'esecuzione, permettendo quindi di portare con relativa facilità il caso davanti a un altro tribunale. Si tratta di inconvenienti ai quali occorre porre rimedio al più presto.

Finora nella prassi soltanto in singoli casi è stato seguito il consiglio di prevedere già nella decisione di ritorno le *modalità d'esecuzione*, nella misura in cui simili questioni possono essere regolate dal tribunale¹⁰². Esistono progetti in questo senso¹⁰³. Una disposizione di legge dovrebbe sancire questa soluzione, molto importante ai fini di una risoluzione rapida dei casi di rapimento¹⁰⁴.

L'efficacia *in altri Cantoni* delle sentenze di ritorno, in particolare in casi di cambiamento di domicilio, può rivelarsi problematica anche perché l'esecuzione di simili decisioni in un altro Cantone non avviene automaticamente, ma presuppone una procedura giudiziaria specifica che può sfociare in una nuova valutazione della domanda in vista del ritorno. In attesa del nuovo Codice di procedura civile svizzero¹⁰⁵, il legislatore dovrebbe prevedere che le sentenze cantonali relative al rapimento di minori siano eseguibili in tutti gli altri Cantoni.

5.2 Esecuzione

In rari casi, negli ultimi anni, vi sono state decisioni di ritorno che non hanno potuto essere eseguite a causa della forte resistenza esercitata dalla madre e talvolta anche dal figlio; in altri casi l'esecuzione è stata ritardata.

In linea di principio l'esecuzione può prevedere anche l'impiego della *costrizione*. Se l'esecuzione fallisse ogni volta a causa della resistenza fisica degli interessati, la decisione di ritorno diverrebbe inefficace e la Convenzione non avrebbe in definitiva alcun senso.

Le autorità preposte all'esecuzione devono tuttavia anche vegliare affinché al minore non sia causata alcuna sofferenza che possa seriamente compromettere il suo equilibrio psicofisico¹⁰⁶. Anche

¹⁰² DTF 130 III 530 segg., 532 seg., è favorevole a una simile regolamentazione, che rientrerebbe nella sfera di competenza cantonale in materia di esecuzione.

¹⁰³ Cfr. Carla Schmid, *Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, Eine Analyse der schweizerischen Rechtsprechung zum Haager Kindesentführungsübereinkommen von 1998-2002*, AJP 2002 pag. 1325-1339 (1338); Sonja Hauser/David Urwyler, *Kindesentführungen*, in: *Rechtshilfe und Vollstreckung, Zivilsachen, Kindesentführungen und Konkurs*, Berna 2004, pag. 55-80 (76 seg.).

¹⁰⁴ Come ad esempio l'articolo 305 n. 1 del disegno di Codice di procedura civile svizzero (stato: settembre 2005).

¹⁰⁵ Cfr. art. 340 del disegno (stato: settembre 2005).

¹⁰⁶ Nel caso di una decisione che concerne il luogo di dimora di un minore, nell'ordinare l'esecuzione il giudice preposto deve preoccuparsi delle possibili conseguenze che l'esecuzione della sentenza può avere sul bene del fanciullo (DTF 13.9.2001, 5P.160/2001, cons. 4 b/aa, AJP 2002 pag. 471, SZIER 2002 pag. 299).

in questo caso vale il principio sancito dall'articolo 13 capoverso 1 lettera b, secondo cui il minore non deve essere esposto a un pericolo fisico o psichico e l'esecuzione non deve porlo altrimenti in una situazione intollerabile. Non devono essere adottati *provvedimenti esecutivi che causano al minore traumi gravi e duraturi*¹⁰⁷. Si tratta della coercizione personale nei confronti del minore (come in caso di percosse, altri castighi corporali o reclusione), del fatto di privarlo della possibilità di prendere commiato dal genitore che rimane in Svizzera¹⁰⁸ o della mancata assistenza e accompagnamento da parte del personale formato in materia di psicologia infantile, abituato a occuparsi di situazioni estreme di tale gravità. Il bene del minore non viene rispettato nemmeno se il fanciullo viene strappato dal proprio ambiente senza che vi sia un vero interesse ad agire in modo così drastico: ad esempio se poco prima della fine dell'anno scolastico il minore viene tolto dalla scuola che frequenta¹⁰⁹ o se viene privato a lungo del diritto di intrattenere contatti con la propria madre, malgrado la possibilità i due vivano insieme sotto sorveglianza di un'autorità. Anche in situazioni estremamente difficili il bene del minore deve rimanere il criterio da rispettare.

Le estreme difficoltà che possono sorgere in occasione della preparazione e dell'esecuzione dovrebbero nel limite del possibile poter essere evitate grazie alla *cooperazione spontanea dei genitori*. Anche se prima e durante la procedura giudiziaria sono falliti tutti i tentativi di conciliazione e mediazione, l'esperienza pratica insegna che talvolta i genitori possono ancora riavvicinarsi dopo l'emanazione della decisione di ritorno, per trovare una soluzione che rispetti i loro interessi e il bene del minore. Nemmeno l'autorità d'esecuzione dovrebbe lasciare nulla d'intentato per porre fine al conflitto in questo modo. Il vantaggio di una precisazione a livello legislativo è che l'autorità preposta all'esecuzione non deve farsi rimproverare di ritardare l'esecuzione del ritorno. Se vi sono possibilità di comporre amichevolmente il conflitto, questo modo di procedere rappresenta certamente la via migliore nel rispetto del bene del minore, tanto quanto quella che prevede la possibilità di ricorrere a misure coercitive. Un ritorno concretizzato grazie a un genitore è una soluzione notevolmente più vantaggiosa anche dal profilo dei costi.

5.3 Riesame e modifica della decisione di ritorno

La decisione con la quale viene ordinato il ritorno di un minore rapito non ha un carattere definitivo, e per vari aspetti è paragonabile a una misura di protezione del fanciullo¹¹⁰. Se non vi è un'esecuzione immediata (spontanea o forzata), può venirsi a creare una situazione che col passare del tempo renderà necessario un riesame della problematica relativa al ritorno e dei rispettivi motivi di rifiuto. Questo è certamente il caso qualora il minore abbia nel frattempo raggiunto un'età e un grado di maturità tali da rendere necessaria una maggior presa in considerazione del suo rifiuto di ritornare, nel senso previsto dall'articolo 13 capoverso 2 della Convenzione. Recenti casi divulgati anche dai media hanno fatto sì che la questione relativa al ritorno del minore fosse riesaminata.

Anche se in sé è possibile riesaminare o addirittura modificare la decisione di ritorno, occorre in primo luogo tener conto del principio che tali decisioni vanno eseguite conformemente alla Convenzione. Senza esecuzione l'intero sistema dei trattati internazionali non avrebbe senso.

¹⁰⁷ La mozione (trasformata in postulato) Vermot-Mangold del 7 maggio 2003 (03.3214 - Convenzione dell'Aia sul rapimento internazionale di minori. Protezione dei fanciulli) esige che la decisione venga eseguita in modo che il fanciullo non subisca alcun trauma supplementare.

¹⁰⁸ Votum Vermot-Mangold del 13 giugno 2005, Boll.Uff. N 2005 pag. 782.

¹⁰⁹ DTF 131 III 334 segg., 343 seg.

¹¹⁰ Alexander R. Markus, Beschleunigungsgebot und Berufungsfähigkeit bei Kinder-Rückgabeentscheiden nach Haager Übereinkommen, AJP 1997 pag. 1085-1092 (1090), parla di una decisione a carattere temporaneo. La commissione non condivide l'avviso espresso da Raphaela Zürcher in *Kindesentführung und Kindesrechte*, Zurigo 2005, pag. 233, secondo cui una tale decisione vada messa piuttosto in relazione con l'azione in protezione del possesso. Tale azione non è manifestamente compatibile con il senso e lo scopo della Convenzione.

In relazione all'articolo 8 CEDU, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che gli Stati contraenti sono tenuti a garantire la tutela dei rapporti familiari autorizzando e sostenendo l'esecuzione di decisioni di ritorno¹¹¹. La Corte ha tuttavia chiarito che un riesame può rivelarsi necessario se, dopo la decisione, gli elementi essenziali della fattispecie sono mutati in modo determinante alla luce del bene del minore¹¹².

Se la situazione familiare effettiva è *mutata in maniera sostanziale*, in misura manifestamente rilevante per quanto concerne la valutazione del ritorno, la Convenzione permette un riesame, purché questo non vada oltre i motivi di rifiuto previsti¹¹³. È opportuno chiarire questo aspetto sul piano legislativo, al fine di dissipare le incertezze sorte di recente nella prassi¹¹⁴. D'altro canto simili situazioni dovrebbero farsi più rare. Per questo è essenziale che i tribunali decidano tempestivamente e prevedano nella decisione di ritorno anche le modalità dell'esecuzione, modalità che non devono essere rimesse in discussione negli altri Cantoni.

5.4 Sospensione dell'esecuzione e modifica della decisione di ritorno

Le autorità locali competenti per l'esecuzione concreta della decisione di ritorno molto spesso non sanno come reagire quando il rapitore e il rappresentante del minore fanno valere che il ritorno non sarebbe più tollerabile a causa di nuove circostanze e del mutamento della situazione relativa agli interessi del fanciullo. Questo non deve far sì che tali autorità facciano eseguire la decisione (eventualmente con l'uso di misure coercitive) senza prendere in considerazione le nuove circostanze. Se l'autorità preposta all'esecuzione è confrontata con una situazione che reputa critica e che mette in discussione la decisione di ritorno, può ordinare l'intervento del tribunale competente per l'esecuzione o dell'istanza giudiziaria competente per giudicare la domanda di modifica. Nel frattempo la procedura di esecuzione *va provvisoriamente sospesa*. Per quel che concerne il tribunale preposto all'esecuzione e quello competente per la modifica, si deve trattare della stessa unica istanza cantonale, che si pronuncia pure sulle domande in vista del ritorno di minori rapiti.

Tale concentrazione di competenze ha il vantaggio di permettere di trattare la richiesta di sospensione dell'esecuzione insieme a quella di modifica della decisione di ritorno.

Secondo il disegno di Codice di procedura civile svizzero (stato al settembre 2005), il Titolo 9 comprenderà anche l'esecuzione di decisioni concernenti il ritorno di minori in base alla Convenzione dell'Aia del 1980 (art. 340 cpv. 3). Il disegno non contiene tuttavia disposizioni particolari concernenti le specificità dell'esecuzione di simili decisioni. La nuova normativa consente a una parte di chiedere la sospensione al tribunale dell'esecuzione (art. 342 cpv. 2), senza però prevedere motivi di sospensione applicabili ai rapimenti di minori (art. 346 cpv. 3). Questa regolamentazione

¹¹¹ Cfr. Corte europea DU, Ignaccolo-Zenide, 25.1.2000, Recueil 2000 I pag. 205, ' 106; Sylvester, 24.4.2003, § 58, 68-72. La procedura non solo non deve avere una durata eccessiva, ma non devono esservi nemmeno periodi troppo lunghi di inattività da parte delle autorità; cfr. Corte europea DU, H.N., 13.9.2005, § 80-83.

¹¹² Cfr. Corte europea DU, Sylvester, 24.4.2003, § 63; Pini/Bertani und Manera/Atripaldi, 22.6.2004, § 158.

¹¹³ Una limitazione generale più estesa non è opportuna. In particolare i motivi alla base della sospensione dell'esecuzione non possono essere differenziati a seconda che abbiano una natura «provvisoria» o «duratura»; per quest'ultima categoria non sarebbe possibile sospendere l'esecuzione (cfr. DTF 130 III 530 segg., 534; DTF 18.5.2004, 5P.151/2004, cons. 2, AJP 2005 pag. 106, SZIER 2005 pag. 394; DTF 8.6.2004, 5P.156/2004, cons. 3.3 e 3.4, AJP 2005 pag. 109). Nei casi in cui l'esecuzione viene avviata soltanto in un secondo tempo, un'interpretazione così restrittiva non permetterebbe di ignorare la volontà del minore, nel frattempo maturato. Non sarebbe nemmeno possibile tenere conto del fatto che il genitore rimasto nel Paese di provenienza non è più il responsabile della custodia del minore, anche se non è stata ancora emanata una sentenza in merito.

¹¹⁴ Il Tribunale federale non ha stabilito se una modifica della decisione di ritorno si fonda sull'articolo 313 capoverso 1 CC o va fatta derivare da un principio giurisprudenziale non scritto, lasciando la questione in sospenso; DTF 16.10.2001, 5P.477/2000, cons. 2a, SZIER 2002 pag. 314 seg.

è insufficiente. Al momento opportuno occorrerà valutare la relazione delle disposizioni proposte dalla commissione con il futuro Codice di procedura civile federale.

6. Misure di protezione preventive

I conflitti familiari transnazionali spesso celano il rischio che un genitore non riesca a resistere alla tentazione di trasferire il figlio comune in un altro Stato o di non farlo ritornare dalle vacanze dopo il normale esercizio del diritto di visita. La lotta contro il rapimento di minori non può consistere unicamente nel ritorno di fanciulli rapiti, ma deve anche avere come scopo di impedire tali rapimenti, prima che un genitore decida di passare all'atto.

Nella *prassi* sono correnti le seguenti misure preventive:

- obbligo del genitore interessato di annunciarsi regolarmente con il minore presso il servizio competente;
- divieto di lasciare il Paese, con il deposito dei documenti d'identità;
- divieto di rilasciare il certificato di nascita;
- istituzione di una curatela che accompagni l'esercizio del diritto di visita;
- revoca provvisoria o duratura del diritto di custodia o del diritto alle relazioni personali.

Soltanto in casi molto rari si esige che il diritto di custodia del genitore che rimane in Svizzera sia riconosciuto ed eventualmente eseguito nel Paese in cui il minore viene portato. Una lista più completa di possibili misure si trova all'articolo 10 della Convenzione del Consiglio d'Europa del 3 maggio 2002 sulle relazioni personali riguardanti i minori.

La commissione si è chiesta se non occorra stabilire a livello di legge una lista di tali misure di protezione. Il Codice civile si accontenta di indicazioni generali su possibili misure a tutela dei minori. A livello di prassi ci sono stati i necessari affinamenti. Non vi è quindi motivo di procedere in modo diverso per i casi in cui vi è il rischio che un minore venga rapito. Non vi è pertanto necessità di codificazione legale, il cui eventuale svantaggio potrebbe consistere nel fatto che i tribunali si attengano eccessivamente alle direttive legali invece di ordinare nuovi tipi di misure che si rivelano opportune nei singoli casi. La *mediazione* permette anche in questo caso un nuovo tipo di soluzione¹¹⁵.

La prassi non è sempre univoca rispetto alla questione della natura e dell'intensità che *il rischio di rapimento* deve presentare, affinché le autorità ordinino l'adozione di misure di protezione. La commissione ritiene anche in questo caso che la questione potrebbe essere disciplinata nella legge soltanto impiegando nozioni giuridiche indeterminate, tanto più che il rischio di rapimento non deve essere lo stesso in relazione a ogni possibile provvedimento. La prassi giudiziaria deve essere in grado di trovare la giusta misura. Il rischio di un rapimento non deve essere sottovalutato nelle famiglie dalla composizione multiculturale, in particolare se la relazione tra genitori è relativamente conflittuale e se il figlio non viene lasciato fuori dal conflitto. Particolare cautela va dimostrata nei casi in cui il minore potrebbe essere trasferito in un Paese che non ha ratificato la Convenzione dell'Aia o che notoriamente applica tale Convenzione in modo non sempre corretto.

Occorre anche raccomandare ai tribunali svizzeri che trattano casi di *divorzio* di prestare maggiore attenzione al fatto che l'esercizio dell'*autorità parentale in comune* da parte dei due genitori richiede misure accompagnatorie qualora, dopo il divorzio, il genitore primariamente responsabile lasci la Svizzera con il figlio o vi siano probabilità che lo faccia. Occorrerebbe fare maggior uso della possibilità di affrontare la questione della partenza di un genitore con il figlio, e di far dipendere una tale eventualità dal consenso dell'altro genitore o del giudice.

¹¹⁵ Cfr. la raccomandazione 1291 (2002)1 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sul rapimento internazionale di minori da parte di un genitore, n. 5(3).

Una misura che si rivela spesso adatta è la mediazione in caso di divorzio e di separazione. Nella procedura di mediazione è possibile affrontare il tema della futura relazione tra genitori e figlio e trovare soluzioni adatte alla situazione concreta per quel che riguarda l'esercizio del diritto di custodia e le relazioni personali. Per questo motivo sarebbe auspicabile che, nell'ambito delle procedure di divorzio e di separazione in cui sono coinvolti minorenni, possa essere ordinata la mediazione gratuita. L'idea di introdurre nel futuro Codice di procedura civile la mediazione gratuita, almeno in casi riguardanti fanciulli, e quindi anche nelle procedure di divorzio e di separazione, va sostenuta.

La *rete* di specialisti e istituzioni proposta dalla commissione potrebbe comportare vantaggi anche in questo contesto. Sarebbe a disposizione per fornire consulenza ai genitori, ai curatori dei minori e ai tribunali e per indicare loro possibili soluzioni pratiche o, grazie alle particolari conoscenze specialistiche a disposizione, per effettuare un'analisi approfondita della situazione, permettendo agli interessati di affrontare nel modo giusto i problemi fondamentali e di risolverli in modo consensuale.