



Chapitre de livre

2019

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Verso tribunali trasnazionali per famiglie transnazionali - L'esempio della
responsabilità genitoriale

Romano, Gian Paolo

How to cite

ROMANO, Gian Paolo. Verso tribunali trasnazionali per famiglie transnazionali - L'esempio della responsabilità genitoriale. In: Liber Amicorum Angelo Davì : La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione. Alessandra Zanobetti, Fabrizio Marongiu Bonaiuti, Gianluca Contaldi (Ed.). Napoli : Editoriale Scientifica, 2019. p. 2037–2083.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135607>

LIBER AMICORUM

ANGELO DAVÌ

La vita giuridica internazionale
nell'età della globalizzazione

Volume III

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2019 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-581-6

GIAN PAOLO ROMANO*

TRIBUNALI TRANSNAZIONALI
PER FAMIGLIE TRANSNAZIONALI:
L'ESEMPIO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Due storie «vissute»: controversia elvetico-libanese e la sorte di Naël. – 3. *Segue*: controversia italo-lettone e la sorte di Marko. – 4. Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e i costi, economici ed umani, di ripetute procedure mono-nazionali e di decisioni mono-nazionali contraddittorie. Perdita di prosperità per l'Unione Europea. – 5. Giurisprudenza svizzera recente e conferma della frequenza dei conflitti bi-nazionali di decisioni. – 6. Necessità di risolvere e prevenire il disaccordo fra Stati circa il modo di risolvere il disaccordo fra genitori e la sorte di minori bi-nazionali. Matilde. La via dei tribunali transnazionali. – 7. La Convenzione di New York del 1958. Cenni comparatistici alla nozione di arbitrabilità. – 8. Le riserve che suscita l'arbitrato in materia di responsabilità genitoriale. Loro inconsistenza se il ricorso ad un tribunale transnazionale è offerto al fine di dirimere un conflitto di decisioni mono-nazionali. Meriti di un tribunale transnazionale: indipendenza, o eguale dipendenza, dagli Stati coinvolti, «superparzialità», equidistanza dai genitori, visuale «grandangolare» e multilaterale del contesto del minore bi-nazionale. – 9. Il carattere suppostamente privato di un tribunale internazionale arbitrale e il mito dell'incompatibilità fra tale natura ed il coin-

* Professore ordinario nell'Università di Ginevra.

** Il testo riproduce, con qualche addizione, e l'aggiunta di note bibliografiche volutamente minimali, quello di un intervento, propiziato dalla Professoressa Maria Caterina Baruffi, all'Università di Verona che ha avuto luogo il 13 novembre 2018, il quale a sua volta riprendeva conferenze anteriori. Lo stile orale è stato per lo più preservato. Vorrei ringraziare i promotori e curatori di questi *Mélanges* per il graditissimo invito, che tanto mi onora, a partecipare all'opera dedicata al venerato Maestro. Le riflessioni di cui attestano queste pagine devono molto a molte persone, adulti e bimbi, specialmente, ma non soltanto, a Stephan Auerbach, Clément Bachmann, Maria Caterina Baruffi, David Bochatay, Andrea Bonomi, Vito Bumbaca, Christine Chappuis, Céline Chateau, Simona Florescu, Thomas e Joséphine Kadner Graziano, Aïda Kaffel, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Eva Lein, Corinne Montineri, Horatia Muir Watt, Isabelle Neulinger, Regiane Pereira, Gabrielle Peressin, Doris Povse, Ilaria Pretelli, Romano e Flavia Prodi, Anne Reiser, Marc-André Rénoold, Valentin Rétoznaz, Mario Romano, Adriana Schnyder, Angela Schnyder, Noam Shuruk e Matilde Valerio. Mi sia consentito esprimere loro tutta la mia gratitudine. Una versione francese, con adattamenti, sarà pubblicata nella *Semaine judiciaire*, rivista giuridica ginevrina.

volgimento di interessi statali. – 10. Ulteriori benefici risultanti da tribunali transnazionali: riduzione delle sottrazioni internazionali dei minori incentivate dalla mono-nazionalità del giudice e dalla parzialità della sua prospettiva. – 11. *Segue*: riduzione dello stimolo all'adozione di misure estreme quali il divieto di espatrio del minore. – 12. *Segue*: «deconflittualizzazione» di certi disaccordi intergenitoriali. – 13. Il coinvolgimento *disgiunto* di due Stati e dei loro tribunali nelle Convenzioni dell'Aja del 1980 e del 1996 e del regolamento Bruxelles II-*bis*. Vantaggi di un coinvolgimento *congiunto* dei due Stati in seno ad un tribunale bi-nazionale: efficacia bi-territoriale della decisione bi-nazionale, diritti soggettivi ed obblighi effettivi. – 14. Conclusioni.

1. Il tema che ho scelto per onorare il Professor Davì, internazionalista sommo, può destare sorpresa. Specie in materia di diritto di famiglia, siamo abituati a pensare che i giudici che chiamerò «*mono-nazionali*» – o «*mono-statali*», cioè i giudici che derivano i loro poteri da uno Stato sovrano, *uno solo* – detengano il monopolio dell'esercizio della giurisdizione *internazionale*: cioè della giurisdizione circa rapporti umani che si ancorano e si dispiegano sul territorio di più Stati, «*bi-territorialmente*» o «*multi-territorialmente*». Insomma, una controversia italo-austriaca o italo-cinese fra i genitori di un minore italo-austriaco o italo-cinese che verte sul di lui affido non può che portarsi dinanzi ad un tribunale mono-nazionale, vuoi italiano, vuoi austriaco, vuoi cinese. Non invece dinanzi ad un tribunale «*transnazionale*», «*bi-nazionale*», «*misto*», italo-austriaco o italo-cinese, che – appunto – ad oggi non esiste.

Ho detto «specie in diritto di famiglia», perché si tende a considerare che quella forma di giustizia che si è soliti denominare *arbitrale* sia poco compatibile con liti che abbiano ad oggetto diritti soggettivi ed obblighi di natura familiare. Preciso sin da subito – riservandomi di ritornarvi – che l'*arbitrato* come mezzo per risolvere controversie internazionali è amministrato da tribunali che sono transnazionali sotto più riguardi¹. Preciso pure che i tribunali arbitrali, se sono oggi pressoché gli unici tribunali *a composizione multi-nazionale* cui gli esseri umani possono ricorrere per dirimere liti interindividuali multi-nazionali – *certe* liti interindividuali: quelle appunto «arbitrabili» –, non sono i soli

¹ Quale che sia la natura della lite internazionale sottoposta al tribunale arbitrale: commerciale, d'investimenti, interstatale, di diritto sportivo, etc.

tribunali transnazionali cui è in astratto possibile affidare la risoluzione di tali controversie: ché ad essi si aggiungono i tribunali a composizione multi-nazionale che potremmo, per contrapporli ad arbitrali, denominare «giudiziari», o propriamente «*interstatali*», o «*multilaterali*», anche se una tale distinzione scapita sempre più spesso in nitidezza e l'utilità di tale distinzione è progressivamente meno visibile².

Ciò di cui vorrei discorrere riguarda appunto l'opportunità di creare tribunali transnazionali – giudiziari o arbitrali che siano – e offrirne l'accesso ai membri di famiglie transnazionali. La prospettiva è, dunque, largamente *de lege ferenda*. Il diritto della famiglia è certo vasto. Vi rientra anche l'area del diritto *patrimoniale* della famiglia: convenzioni matrimoniali, obblighi alimentari, successioni. Le questioni che qui specificamente interessano non sono – quanto meno non *direttamente* – patrimoniali: si tratta, semplificando, della responsabilità, potestà ed autorità genitoriale, dell'affido, della custodia e residenza dei minori, dei diritti di visita e delle relazioni personali. E poiché tali questioni non sono d'indole patrimoniale, le si ritiene per lo più impermeabili alla giustizia internazionale arbitrale. Sicché in definitiva si nega agli esseri umani coinvolti – il minore e, il più delle volte, i genitori – il beneficio di tribunali a composizione multinazionale in cui si rispecchi la multinazionalità della famiglia e la multi-territorialità della vita familiare: da un lato, tribunali *arbitrali* non sono loro per lo più accessibili³; dall'altro, tribunali internazionali *giudiziari* – o tribunali *interstatali* – non esistono ancora⁴.

² La risoluzione delle controversie tra investitori e Stati previsto dall'Accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione Europea e i suoi Stati membri, dall'altra (detto «CETA») è inizialmente affidata ad un tribunale (articolo 8.27) ed a un tribunale d'appello (articolo 8.28), fino a quando non sarà approvata la costituzione di un tribunale *multilaterale* degli investimenti, con connessa procedura d'appello (articolo 8.29). Un tale sistema è stato appena avallato da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea – mediante parere 1/17 del 30 aprile 2019 – che ne ha confermato la conformità al diritto dell'Unione. Il tribunale e il tribunale d'appello hanno composizione multinazionale: un membro cittadino canadese, un membro cittadino dell'Unione Europea, e un membro cittadino di uno Stato terzo. Se si tratta di tribunali arbitrali – come spesso affermato dalla stampa – o meno è questione in definitiva di poca importanza. Cfr. *infra*, nota 74.

³ È ciò appunto che si è soliti ritenere. Anche se la lettera di certe disposizioni nazionali circa la nozione di «arbitrabilità», come vedremo, dovrebbe, senza troppa difficoltà, autorizzare l'arbitrabilità di certe liti in materia di responsabilità genitoriale (*infra*, par. 7).

⁴ I vari tribunali internazionali giudiziari ad oggi esistenti – Corte internazionale di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte interamericana dei diritti

2. Vorrei, per rendere più concreto il proposito, esordire raccontando due storie. Le quali mostrano alcuni dei limiti congeniti all'amministrazione mono-nazionale, in questo campo, di una giustizia che aspira di necessità ad essere internazionale, a spiegare efficacia multi-territoriale. Si tratta di storie vere, «storie vissute», per fare eco al titolo della serie di racconti che il narratore del *Piccolo Principe* dichiara di avere scoperto all'età di sei anni («*Histoires Vécues*»). Parlando di minori, come non ricordare le prime pagine di questo piccolo grande libro e la celebrazione dell'infanzia che vi si rinviene? Gli adulti, invece, «non comprendono mai nulla da soli ed è faticoso, per i bimbi, fornire loro spiegazioni su spiegazioni...»⁵.

La prima vicenda ha per protagonisti due coniugi libanesi, di confessione sunnita, che sono venuti ad abitare in Svizzera, a Ginevra, qualche anno dopo essersi sposati. La celebrazione del loro matrimonio ha avuto luogo a Saïda, l'antica Sidone, di fenicia e biblica memoria, a sud di Beirut. Dalla loro unione è nato un bimbo, Naël. Naël ha vissuto dapprima a Beirut poi a Ginevra. Parla due lingue correntemente, arabo e francese. Purtroppo per lui, quando ha 8 anni, una crisi coniugale insorge fra i genitori. Crisi che diviene presto irreversibile. E a seguito della quale il padre rientra in Libano. E vorrebbe che il figlio vi si ritrasferisse con lui. La madre insiste perché Naël continui a vivere presso di sé a Ginevra. Dissenso fra i genitori circa la sorte «post-separazione» del bimbo comune. Situazione ahinoi frequente in ogni parte del globo. Se i genitori non riescono a trovare stragiudizialmente un accordo, non resta loro che affidarsi ad un'autorità neutra, imparziale, *super partes*, «equidistante» dall'uno e dall'altro, perché «arbitri» il loro conflitto,

dell'uomo, Corte di giustizia del Benelux, Corte di giustizia dell'Unione Europea, Corte comune di giustizia e arbitrato dell'OHADA, Corte penale internazionale, Tribunale internazionale del diritto del mare, e tanti altri – non hanno per missione di dirimere controversie interindividuali. Tra i precedenti più significativi di tribunali internazionali incaricati di giudicare liti fra privati vanno annoverati i «tribunali misti» che funzionarono in Egitto dal 1876 al 1949 – la cui competenza era per vero estesa all'ambito penale, fiscale, etc.: v. HOYLE, *The Mixed Courts of Egypt 1938-1939*, *Arab Law Quarterly*, 1988, p. 83 – a proposito dei quali si scrisse a quel tempo «*Les tribunaux mixtes sont [...] sans comparaison, la plus grande institution judiciaire internationale du monde entier*»: HANSSON, *Les Tribunaux Mixtes en Egypte*, *Nordisk Tidsskrift for Int. Ret.*, 1934, p. 104.

⁵ «Les grandes personnes ne comprennent jamais rien toutes seules, et c'est fatigant, pour les enfants, de toujours et toujours leur donner des explications» (SAINT-EXUPÉRY, *Le Petit Prince*, Chapitre premier).

dirimendolo. Cioè non resta loro che rivolgersi ad un *giudice*⁶. Senonché i giudici di *due* Stati hanno qui «vocazione» a comporre la lite, in ragione dei collegamenti che la famiglia presenta con le due comunità statali «co-interessate», la Svizzera ed il Libano. Si tratta di famiglia transnazionale, l'insieme dei cui componenti vive ed è destinato a continuare a vivere *bi-territorialmente*: l'esercizio del diritto di custodia del minore e del diritto di visita, quale che sia il genitore titolare dell'uno e dell'altro, e l'adempimento degli obblighi che ne derivano a carico dell'altro genitore, suppongono un insieme di condotte umane coordinate che devono svolgersi sul territorio svizzero e sul territorio libanese, cioè un insieme di condotte *bi-territoriali*. La prescrizione di tali condotte non può, di conseguenza, se non risultare da un regime giuridico *bi-nazionale*, «co-determinato» dalla Svizzera e dal Libano, sui cui territori «sovrani» esse condotte sono chiamate a dispiegarsi⁷.

Nella specie, la duplice *vocazione* giurisdizionale di cui ho detto si è

⁶ Il termine «giudice» designa qui anche l'arbitro, che pure è, beninteso, un giudice, in quanto esercita la funzione giurisdizionale «dicendo» il diritto mediante una decisione: v. *ex multis*, CLAY, *L'arbitre*, Paris, 2001, *passim*. Nel gergo sportivo, l'arbitro non è denominato anche *giudice di gara*?

⁷ Supponendo che la madre abbia il diritto di custodia, che il padre abbia il diritto di visita, e che tale diritto di visita possa – come è normale ed anzi sacrosanto: v. *infra*, nota 14 – esercitarsi anche in Libano dove il padre risiede, la madre, al principio del periodo di visita, è tenuta ad accompagnare Naël all'aeroporto di Ginevra – condotta, corrispondente ad un *obbligo*, a carico della madre, da compiersi in Svizzera – e permettere che il padre lo prenda ivi in consegna e lo porti a Beirut – condotta, corrispondente ad un *diritto* del padre (diritto verso la *madre* e per lo più, *diritto-dovere*, «*Pflichtrecht*», verso Naël), da compiersi sia in Svizzera che in Libano, cioè condotta propriamente *bi-territoriale*. Alternativamente, la madre dovrà procurare che Naël viaggi quale «minore non-accompagnato» («UM») dall'aeroporto di Ginevra, dove ha l'obbligo di accompagnarlo o farlo accompagnare, verso Beirut, onde permettere al padre di prenderlo qui in consegna e di esercitare in Libano il suo diritto di visita. Si tratta di condotte *coordinate* che, nel loro insieme, sono *bi-territoriali*: quella della madre, corrispondente ad un obbligo, ha luogo in Svizzera, e quella del padre, corrispondente ad un diritto, in Libano. Allo scadere del periodo di visita, la madre ed il padre avranno diritti ed obblighi *inversi*. Nella misura in cui il padre ha diritto a «relazioni personali» a distanza, via *skype* o *whatsapp* o simile mezzo di comunicazione, l'esercizio di un tale diritto suppone il *coordinamento* di una condotta del titolare, il padre, da compiersi in Libano (avere a disposizione un computer o uno *smartphone* e connettersi a tale ora il tal giorno, etc.) ed una condotta dell'obbligata, la madre, da compiersi in Svizzera (procurare che Naël abbia, la stessa ora e lo stesso giorno, a disposizione un computer o uno *smartphone*, che non sia impegnato in attività incompatibili con l'esercizio da parte del padre, e da parte di Naël, del diritto alle relazioni personali, etc.).

realizzata. Il tribunale di Ginevra, adito dalla madre, afferma la propria competenza in virtù dell'ultima, ed attuale, residenza del bimbo⁸, ne attribuisce l'affido alla madre, la quale viene autorizzata a rinnovare l'iscrizione di Naël, per il rientro scolastico, al *Collège du Léman*, una scuola internazionale sita nel Cantone di Ginevra. Questo il fronte *svizzero* delle ostilità. Vi è però anche un fronte *libanese*. Ché il padre si oppone pervicacemente a che un tribunale integralmente svizzero abbia l'ultima parola. Sicché si rivolge ad un giudice sunnita di Beirut, il quale si considera competente – esclusivamente competente⁹ – in virtù della cittadinanza e della religione di tutti e tre gli interessati, trascura dunque la previa pendenza del giudizio promosso in Svizzera, fissa la residenza di Naël presso il padre e ingiunge alla madre di consegnargli Naël, che viene iscritto, come richiede il padre, alla scuola americana di Beirut.

Quesito: il conflitto fra i genitori di Naël circa il destino del loro figlio è, o meno, risolto? Se è risolto, come lo è?

Siamo invero di fronte ad un conflitto *svizzero-libanese* di – sedicenti – cose giudicate *mono-nazionali*, di cui ciascuna attribuisce la custodia ad uno dei due litiganti genitori. Conflitto fra due giustizie statali – fra i *prodotti* di due giustizie statali – di cui ciascuna è emanazione di un solo Stato sovrano. Le due decisioni mono-nazionali, *equiordinate* e contrarie, sembrano neutralizzarsi reciprocamente. «Giudicata» la *res* – cioè la «materia» del contendere, il rapporto umano in questione, che è multi-nazionale – non pare per nulla. Come può, del resto, un'autorità mono-nazionale, che si pronuncia mediante una decisione mono-nazionale, la quale non ha se non efficacia mono-territoriale, cioè all'interno dei confini dello Stato da cui emana («*Inland*»), e non può avere *di per sé*¹⁰ efficacia sul territorio «sovrano» di alcun altro Stato, pretendere di regolare, «dicendo il diritto», un rapporto umano che «occupa» e svolge su un territorio *multi-nazionale*, che ricomprende il territorio

⁸ In virtù della Convenzione dell'Aja del 1996, di cui la Svizzera è parte, e che la Svizzera applica per altro in ogni caso, anche cioè nei confronti di Stati non contraenti: art. 85, 1° comma, della Legge federale sul diritto internazionale privato («LDIP»).

⁹ Il Libano non è firmatario della Convenzione dell'Aja del 1996 e non è tenuto dunque a riconoscere primazia alle autorità dello Stato della residenza abituale del minore.

¹⁰ Cioè senza l'ausilio di trattati internazionali, cioè di norme multi-nazionali poste assieme dagli Stati sui cui territori si svolge la relazione umana multi-territoriale in questione.

parimenti «sovrano» di altri Stati?¹¹ La *Giustizia* non si è ancora pronunciata: Naël continua ad ignorare quale dei genitori ne abbia affidato, se debba vivere con la madre in Svizzera o in Libano con il padre, se debba frequentare il *Collège du Léman* di Ginevra o la scuola americana di Beirut. Si trova ostaggio dei dissensi fra i due Stati che pure dovrebbero avere a cuore il suo benessere, vittima di ciò che ha l'apparenza di un *diniego internazionale di giustizia*¹².

Notiamo che il conflitto *transnazionale* fra giurisdizioni – svizzera e libanese –, e fra gli esseri umani coinvolti, può aggravarsi ulteriormente. Il giudice libanese, per cercare di rendere più efficace l'ordine che rivolge alla madre, di «consegnare» Naël al padre, cioè per «forzarla» ad adempiere, può comminare una *sanzione pecuniaria* progressiva per ciascun giorno di inadempimento: cento dollari al giorno per la prima settimana di ritardo, duecento dollari al giorno per la seconda settimana, trecento per la terza, e così via. E i giudici libanesi non esitano a fare uso di tali *astreintes*¹³. Da parte loro, le autorità ginevrine potrebbero temere che, non appena Naël metta piede su suolo libanese perché il padre possa esercitare in Libano il diritto di visita previsto dalla decisione svizzera, il padre, con l'appoggio della polizia libanese, possa trattenere Naël in Libano, in ottemperanza della decisione libanese che gli ha concesso l'affido. Conseguenza: per evitare una «ritenzione» di Naël in Libano che, benché perfettamente lecita per il Libano, sarebbe illecita per la Svizzera, le autorità elvetiche decidono di proibire a Naël di recarsi in Libano, Paese di cui è cittadino, e di recarsi all'estero in genere, ritirandogli il passaporto¹⁴. Divieto di espatrio fino a nuovo ordine.

¹¹ Mi permetto di rinviare a *Souveraineté «mono-nationale», relations humaines «transterritoriales» et «humanisation» du droit international privé. Libres propos*, in *Mélanges B. Ancel*, Paris, 2018, p. 1415 ss., e a *Successions internationales et (semi-)loi fédérale sur le droit international privé: quelques défis*, *Revue suisse de droit int. et de droit européen/Schweizerische Zeitschrift für int. und europäisches Recht*, 2018, p. 183 ss.

¹² Per maggiori dettagli, v. *Conflits entre parents et conflits d'ordres juridiques en matière de responsabilité parentale*, in *Enlèvement parental international d'enfants*, Neuchâtel/Bâle, 2015, pp. 85-127, archive-ouverte.unige.ch/unige:46496, nonché *Le dilemme du renvoi en droit international privé – La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Zurich, 2015, spec. p. 152 ss.

¹³ Come reca testimonianza un altro caso elvetico-libanese, riassunto da una decisione del Tribunale federale svizzero, DTF del 27 gennaio 2016, 5A_342/2015.

¹⁴ Il ritiro, da parte dello Stato A in cui il minore si trova, del passaporto dello Stato A che il minore possiede, o di un altro Stato B (come nel caso di Naël), o di entrambi o tutti i passaporti del minore, è misura assai frequente, e spesso raccomandata con molta disinvoltura da specialisti, al fine di prevenire la sottrazione internazionale del minore

Il che impedisce a Naël non solo di trattenere rapporti con il padre in Libano durante le vacanze scolastiche di autunno¹⁵, di Natale o estive, ma anche di rendere visita ai suoi *quattro nonni* che abitano tutti a Bei-

dal territorio dello Stato A al territorio dello Stato B e la successiva ritenzione del minore nello Stato B. La conseguenza è che il minore che pure ha un legame forte con lo Stato B in cui risiede il genitore che, per le autorità dello Stato A, avrebbe il diritto di visita – e cui il minore avrebbe, per lo Stato A, il diritto di far visita: ché il diritto di visita è per lo più un diritto «bilaterale», reciproco, «biunivoco» – si trova giuridicamente impossibilitato a recarsi in tale Stato B, che pure è talvolta, come nel nostro caso elvetico-libanese, il *solo* di cui possiede la nazionalità. Nell'esempio la Svizzera ritira il passaporto libanese di Naël, proibendogli di recarsi in Libano, sua «patria»... Il risultato pare collidere frontalmente con il principio di cui all'art. 10 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, che, ratificata da 196 Paesi, è fra gli strumenti internazionali più ratificati (dall'Italia con l. 27 maggio 1991 n. 176, G.U. 11 giugno 1991 n. 35). Il testo è il seguente: «Un fanciullo i cui genitori risiedono in Stati diversi ha diritto ad intrattenere rapporti personali e contatti diretti regolari con entrambi i suoi genitori, salvo circostanze eccezionali. A tal fine [...], gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo e dei suoi genitori di abbandonare [la versione francese utilizza il termine «quitter»: cioè «lasciare»] ogni Paese, compreso il loro, e di fare ritorno nel proprio Paese». Insomma, un minore «transnazionale» dovrebbe vedersi riconoscere da parte di uno degli Stati con cui ha contatti il diritto di «lasciare» il territorio di esso Stato e, per ciò, a più forte ragione, il diritto di *uscirne provvisoriamente* al fine di «intrattenere rapporti personali e contatti *diretti* regolari»: «contatti *diretti*», non dunque, a quanto sembra, soltanto per via telefonica, o via Skype, o WhatsApp, o simili mezzi di comunicazione, con la sua famiglia stabilitasi nell'*altro Stato* con il quale ha egualmente di contatti. Citiamo pure l'art. 2 della medesima Convenzione, che enuncia che «gli Stati parti adottano tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione *sociale* – ma la versione francese evoca qui la «*situation juridique*», la «situazione giuridica», lo «*status* giuridico» – dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari». «Motivato» dalla «situazione giuridica» di genitore affidatario – che i tribunali libanesi hanno riconosciuto o potrebbero riconoscere al padre di Naël –, il divieto di uscita dal territorio svizzero pronunciato dal giudice ginevrino pare configurarsi quale *sanzione inflitta al minore*, minore innocente. Innocente e non solo *presunto innocente*. Non dunque come Carlos Ghosn, amministratore delegato dei gruppi Renault e Nissan, di origine libanese, arrestato nel novembre 2018 dalle autorità giapponesi, e cui le autorità giapponesi hanno fino al momento della stesura di questa nota, 31 gennaio 2019, vietato di lasciare il Giappone – e di lasciare il carcere di Tokyo.

¹⁵ Nel Cantone di Ginevra, le scuole concedono ai loro allievi una settimana di vacanze in ottobre.

rut, e con i quali ha stretto un legame forte durante la prima fase della sua vita, trascorsa in Libano¹⁶.

Naël si trova forzatamente escluso dall'ambiente libanese, che pure ha concorso a definire la sua identità familiare, linguistica, culturale, sociale e religiosa.

3. Passo al secondo «caso di studio», simile al primo ma che, a differenza del primo, ha contatti esclusivamente con l'Unione Europea. Ne è prima protagonista la signora Sneersone, di cittadinanza lettone, che incontra a Roma il signor Campanella. Dalla loro relazione nasce Marko: Marko con il *kappa*, e non con la *c*: siamo precisi, ne va della sua identità. Marko ha la doppia cittadinanza, lettone ed italiana. I di lui genitori vivono qualche tempo insieme nella «città eterna». Lungi dall'essere eterna, la loro unione risulta però piuttosto effimera: il bimbo ha poco più di un anno quando la signora Sneersone e il signor Campanella si separano. Dopo diverse azioni giudiziarie, ritenendo di non avere prospettive in Italia, e avendo bisogno di sostegno, compreso *economico* – sostegno che il padre di Marko per l'appunto non le fornisce – la madre rientra in Lettonia. Prendendo ovviamente con sé Marko. E senza richiedere l'autorizzazione del padre. A che pro chiedere ciò che sarà con certezza negato?

Tecnicamente, la signora Sneersone ha commesso una *sottrazione* internazionale di minore, ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1980, di cui sia la Lettonia che l'Italia sono parte. Il padre, irritato da questa manovra *unilaterale*, ed in principio *illecita*, dell'ex compagna, promuove davanti al tribunale di Riga un'azione volta ad ottenere l'immediato rimpatrio di Marko in Italia. Il tribunale lettone rigetta la domanda invocando la «*situazione intollerabile*» cui Marko sarebbe esposto se rientrasse a Roma, specialmente a seguito della separazione dalla madre, genitore di riferimento. Si tratta di uno dei motivi di *legittimo rifiuto* di

¹⁶ E due dei quali sono impossibilitati a viaggiare – e dunque a recarsi in Svizzera – per motivi di salute. A tacere dei costi che dovrebbero sostenere per venire a Ginevra ogni qualvolta volessero far visita al loro nipotino. REISER, «Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales», in *Ordre des avocats de Genève – Commission ADR, Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Zurich, 2018, p. 371 ss., definisce (p. 380, nota 37) i nonni quali *primi esclusi* dai processi giudiziari, la cui situazione è regolata in una procedura in cui appunto non hanno avuto modo di fare valere le proprie ragioni («[...] *exclus du processus judiciaire* [...] *dont la situation est réglée par une procédure dans laquelle ils n'ont pas été entendus*»).

cui all'art. 13, 1° comma, lett. *b*), della Convenzione dell'Aja. Seguono più mesi di accanita lotta giurisdizionale su due fronti, italiano e lettone. A mezzo di una sentenza ulteriore, sollecitata dalla madre, il giudice lettone affida a quest'ultima la custodia di Marko. Ma il padre si era nel frattempo rivolto al giudice di Roma, che aveva statuito in suo favore e ordinato alla madre di riportare il figlio in Italia.

Proviamo a radiografare. Il disaccordo fra madre e padre ha generato un disaccordo fra il Paese della madre, la *madrepatria* – «*mère-patrie*», nel senso proprio del termine – cioè la Lettonia, e il Paese del padre, «*Vaterland*» in tedesco – la «padrepatria» o semplicemente la «patria» (termine che viene appunto da *pater*) – cioè l'Italia. In francese è corrente l'espressione: «*enfant du pays*», «figlio del Paese», per indicare il legame fra una persona e lo Stato che le ha dato i natali o di cui è cittadina. Senonché Marko è «*enfant de deux pays*»: ha non solo due genitori, corresponsabili a titolo *principale* del suo benessere, della di lui protezione, ma altresì due Stati di cui è egualmente «*figlio*», due collettività statali di cui è egualmente membro, e le cui autorità sono pertanto corresponsabili a titolo *sussidiario*, specie nel caso di conflitto fra i genitori. Il quale conflitto attenda, se protratto, al bene del figlio. Ora, i due Stati corresponsabili a titolo sussidiario, la Lettonia e l'Italia, si trovano qui non meno in disaccordo di quanto non lo siano i due corresponsabili a titolo principale, la madre ed il padre. E proprio perché in disaccordo sulla maniera di risolvere la controversia familiare bi-nazionale, la Lettonia e l'Italia, e i loro organi – che pronunciano in loro nome – finiscono per *crystallizzare* tale controversia, *alimentando la guerra genitoriale* anziché mettervi un termine, anziché riportare pace nella famiglia, ed ordine nella vita italo-lettone di Marko.

Per ovviare a questo braccio di ferro giurisdizionale, la Lettonia ha promosso contro l'Italia azione di responsabilità dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea per violazione del diritto europeo, nella specie il regolamento detto «Bruxelles II-bis»¹⁷. Il che palesa, e porta alla ribalta, la dimensione anche *interstatale* del conflitto¹⁸. La questione

¹⁷ Regolamento (CE) 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) 1347/2000.

¹⁸ Non è raro che, seguendo l'esempio dei giudici, i Governi dei due Stati coinvolti – o uno di essi – prendano a difendere a spada tratta i loro cittadini o residenti. Uno dei casi di maggiore risonanza mediatica è senza dubbio quello di Sean Goldman, nato nel 2000 nello Stato del New Jersey da padre americano, David Goldman, e madre brasiliana, Bruna Bianchi Carneiro Riberio. Nel 2004, la madre soggiorna in Brasile con

sarà in seguito portata dalla signora Sneersone dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁹.

Preferisco trascurarne l'esito.

Sean – che fino ad allora aveva vissuto nel New Jersey – per due settimane e, dopodiché annuncia al marito che non farà più rientro negli Stati Uniti e che Sean vivrà con lei in Brasile. Tale annuncio provocherà una serie inverosimile di procedure, negli Stati Uniti ed in Brasile, fino ai vertici supremi dei due Paesi. I tribunali brasiliani pronunciano il divorzio, rifiutano di ordinare il ritorno di Sean negli Stati Uniti e ne conferiscono la custodia alla madre. Il padre adisce i giudici del New Jersey che gli affidano il figlio prescrivendo a quest'ultimo di risiedere negli Stati Uniti. Conflitto americano-brasiliano di decisioni. Preso nella morsa del conflitto intergenitoriale, divenuto interstatale, Sean non può lasciare il Brasile e la famiglia della madre impedisce al padre di fargli visita. Bruna Ribeiro sposa nel 2007 un avvocato brasiliano e, nuovamente incinta, muore nel 2008 durante il parto. I giudici brasiliani trasferiscono l'affido di Sean al patrigno, secondo marito della madre defunta, che l'esercita congiuntamente ai nonni materni. Al principio dell'anno 2009, un membro repubblicano del Congresso americano, Chris Smith, del New Jersey, assiste ad una intervista televisiva di David Goldman diffusa dalla NBC il 30 gennaio 2009 e, scandalizzato, diviene strenuo difensore del suo concittadino, fino ad introdurre una proposta di legge che minaccia il Brasile di sospendere degli accordi commerciali in vigore fra i due Paesi in seno all'Organizzazione mondiale del commercio fintantoché Sean non sarà rientrato negli Stati Uniti (per una sintesi di questa proposta di legge, v. www.govtrack.us/congress/bills/111/hr2702/summary). Bisognerà attendere il 22 dicembre 2009, cinque anni e mezzo dopo la ritenzione di Sean in Brasile, e grazie all'intervento del Congresso americano, della Segretaria di Stato, Hillary Clinton, e ad innumerevoli contatti politici tra i due Paesi, perché la Corte suprema brasiliana ritiri la custodia al patrigno per affidarla al padre, autorizzando Sean a rientrare nel New Jersey. Viene fatto di pensare che se la madre non fosse deceduta, il «Paese della madre», il Brasile, non avrebbe accettato di restituire Sean al «Paese del padre», gli Stati Uniti. Il nazionalismo delle corti brasiliane e la parzialità («*unfair bias*») dei giudici che le compongono sono stati spesso denunciati dai rapporti del Congresso americano e del Parlamento europeo. Un caso elvetico-brasiliano raccontato in un *reportage* della RTS (la rete pubblica della Svizzera romanza) nel mese di settembre 2017 (www.rts.ch/play/tv/mise-au-point/video/enlevementparental?id=8907927) sembra suggerire che la situazione non è molto migliorata. Ma come dimostrano i casi intra-europei citati qui di seguito, il *nazionalismo giudiziario* è, in questo campo, a tal punto generalizzato che viene fatto di pensare che sia inerente alla natura delle cose. Il che conduce a revocare in dubbio la naturale attitudine di un giudice mono-nazionale, che si pronuncia in nome di uno solo dei due Stati coinvolti ad amministrare la giustizia in vicende in cui la dimensione interstatale è spesso latente e talvolta – come nel caso di Marko Campanella e di Sean Goldman – fa irruzione in primo piano. *Infra*, par. 9.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 ottobre 2011, *Sneersone e Campanella c. Italia*, ricorso n. 14737/09, par. 39 s.

4. Ciò che mi importa rilevare è che queste due vicende non hanno ahinoi nulla di insolito. È sufficiente, per rendersene conto, percorrere il resoconto delle battaglie giudiziarie fornito dalla Corte di Lussemburgo in occasione delle sentenze da essa rese sull'interpretazione del regolamento «Bruxelles II-*bis*».

Le due decisioni dette «*Purrucker I e II*» sono state stimulate da una lite fra una madre tedesca e un padre spagnolo, la quale lite aveva dato luogo a non meno di 16 decisioni mono-nazionali, 11 in Germania e 5 in Spagna, e si era risolta in uno *stallo*: i giudici spagnoli avevano statuito in favore del padre spagnolo e i giudici tedeschi in favore della madre tedesca²⁰. Il caso *Rinau* pure ha generato 16 sentenze mono-nazionali, di cui 4 rese da parte di autorità tedesche e 12 da parte di autorità lituane²¹. Stesso copione: i giudici tedeschi si sono pronunciati a favore del genitore tedesco – si trattava nella specie del padre – i tribunali lituani a favore della madre lituana. Il caso *Povse*, che ha coinvolto Mauro Alpago, cittadino italiano, e Doris Povse, cittadina austriaca, è probabilmente il più straziante. I due personaggi si incontrano in Italia dove Doris Povse è venuta a seguire un corso di lingua italiana. Nasce, dalle loro opere, una figlia, Sofia, che vive dapprima con i due genitori a Venezia. A seguito della disunione di questi, la madre la porta con sé a Vienna. Il padre protesta contro il rapimento ed adisce le vie legali. Una prima fase del contenzioso «secerne» 14 decisioni, 3 in Italia e 11 in Austria, dando luogo ad un conflitto italo-austriaco di giurisdizioni: semplificando un po' il resoconto della selva di appelli, contrappelli, misure provvisorie, richieste di revisione per mutamento di circostanze, i tribunali italiani e segnatamente veneziani prescrivono che Sofia sia affidata al padre italiano e rientri in Italia ed i tribunali viennesi prescrivono che sia affidata alla madre austriaca e rimanga in Austria. La vicenda sarà sottoposta alla Corte di giustizia dell'Unione; proseguirà poi dando luogo ad un'ulteriore quindicina di decisioni, una *trentina* in totale²², fin su alla Corte europea dei diritti dell'uomo²³. *Trenta* procedure giudiziarie... Sette – *sette* – anni di guerra, che si sono sostan-

²⁰ Corte di giustizia, 15 luglio 2010, causa C-256/2009, *Purrucker I*, e 9 novembre 2010, C-296/10 *Purrucker II*.

²¹ Corte di giustizia, 11 luglio 2009, causa C-195/2008, *Rinau*.

²² Corte di giustizia, 1° luglio 2010, causa C-211/2010, *Povse*.

²³ Adita sia dalla madre (Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 18 giugno 2013, *Povse c. Austria*, ricorso n. 3890/11) che dal padre (Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 15 aprile 2015, *M.A. c. Austria*, ricorso n. 4097/13).

zialmente risolti in un nulla di fatto o, più esattamente, un «nulla di diritto»: ch , di fatto, Sofia non   mai rientrata in Italia. Citiamo pure la vertenza *Zarraga*: 10 decisioni in totale, 7 in Spagna e 3 in Germania²⁴, *inutiliter datae*, assai largamente. Conflitto ispano-tedesco di ordini di affido: i tribunali spagnoli affidano la figlia Andrea al padre spagnolo e i tribunali tedeschi alla madre tedesca. Ancora, caso *W, V c. X*, che ha dato origine ad una pronuncia della Corte di Lussemburgo nel mese di febbraio 2017²⁵: madre lituana, padre olandese; quindici procedure, sei anni di battaglie, decisioni lituane quasi sistematicamente in favore della madre, decisioni non riconosciute nei Paesi Bassi, i cui giudici si pronunciano quasi sistematicamente in favore del padre. Ultimo esempio: Stefano Liberato, cittadino italiano, e Luminita Luisa Grigorescu, cittadina romena, si sposano a Roma, nel 2005, dove si trova il loro primo – e rimasto unico – domicilio coniugale e dove, nel febbraio 2006, nasce un bimbo. La coppia si separa nel 2007 e, a seguito della separazione, la signora Grigorescu porta il bimbo a Bucarest sottraendolo al padre. Ne seguono dodici anni – *dodici* – di lotte giudiziarie – nel corso dei quali il Tribunale di Teramo attribuisce l'affido esclusivo del figlio che, con ogni probabilit ,   bi-nazionale, italo-romeno, al padre italiano e il Tribunale di Bucarest ne attribuisce l'affido esclusivo alla madre romena – fino ai magistrati del Kirchberg, che si pronunciano nel gennaio 2019²⁶. Durante questi dodici anni, cio  durante buona parte della sua minor et , il bimbo, che ha oggi tredici anni, e che   cittadino (anche) italiano, non ha a quanto sembra mai potuto rimettere piede in Italia²⁷.

In ciascuno di questi casi due macchine giudiziarie *mono-nazionali* si sono messe in moto, girando per  per lo pi  a vuoto, perch  si sono scontrate l'una contro l'altra.

Proviamo per un istante ad immaginare i *costi*. Costi *economici* innanzitutto²⁸. Per i *contribuenti*, i quali finanziano largamente il funzio-

²⁴ Corte di giustizia, 22 dicembre 2010, causa C-491/10, *Zarraga*.

²⁵ Corte di giustizia, 15 febbraio 2017, causa C-499/15, *W e V c. X*.

²⁶ Corte di giustizia, 16 gennaio 2019, causa C-386/17, *Liberato*.

²⁷ Punto 17 della decisione: «Poich  il vincolo coniugale si era man mano deteriorato, la madre ha portato con s  il figlio minore in Romania e, da allora, non   pi  tornata in Italia» (corsivo mio), il che lascia supporre che non sia pi  tornata con il bimbo in Italia.

²⁸ Studi affidabili sono purtroppo rari sul punto. HENRY *et al.*, *Parenting Coordination and Court Relitigation: A Case Study*, *Family Court Review*, 2009, p. 682, citano, per il 2002, 30 miliardi di dollari sopportati dai *taxpayers* statunitensi per le sole procedure di divorzio contenzioso.

namento degli apparati giudiziari e dei servizi sociali di protezione del minore. La vicenda *Povse c. Alpago* è costata ai contribuenti *italiani* – fra cui il Professor Davì, il Professor Marongiu Bonaiuti, i miei fratelli, e la maggioranza dei lettori del presente volume – e ai contribuenti *austriaci* diverse centinaia di migliaia di euro: denaro pubblico asservito al finanziamento della guerra intra-familiare, alla divisione delle famiglie, anziché essere utilizzato per sostenere le famiglie, per riportare in esse la pace, e per costruire degli ospedali, e migliorare lo stato delle nostre strade e dei nostri ponti: che – come attesta la tragedia del ponte Morandi di qualche mese fa – ne hanno più che mai bisogno.

L'Unione Europea, nel suo insieme, perde prosperità.

Una parte dei costi è sopportata dai *litiganti* stessi. In un'intervista concessa nel dicembre 2018, Doris Povse ha segnalato avere speso di tasca propria non meno di centomila euro²⁹. Ho avuto l'occasione, qualche mese fa, di intervistare, con due colleghi, Isabelle Neulinger, protagonista del caso forse più celebre di sottrazione internazionale di minore degli anni recenti³⁰. Nella specie si trattava di suo figlio, Noam Shuruk, che, al colmo della disperazione, è riuscita a portare con sé in Svizzera, in barba al Mossad, allontanandolo dal padre. Padre che, dopo il matrimonio, aveva aderito ad una setta ultra-ortodossa e minacciava di trasferirsi all'estero, allevandolo segretamente in seno ad una delle comunità giudaiche Chabad-Lubavitch sparse per il mondo. Isabelle Neulinger, che abita a Losanna, ci ha raccontato che, per affrontare le spese relative alle procedure giudiziarie – svoltesi dinanzi a ben sette tribunali diversi – ha dovuto prendere a prestito somme ingenti. Sta ancora oggi rimborsandole³¹.

Vi sono poi costi *indiretti*, che tendono a sfuggire al calcolo. Vorrei

²⁹ L'intervista è stata condotta da Regiane Pereira, dottoranda all'Università di Ginevra, il 4 dicembre 2018. Mi sia consentito ringraziare Doris Povse per la sua disponibilità e Regiane Pereira per il tempo investito e per avere condiviso con me le risultanze del colloquio.

³⁰ Citerò la sola ultima decisione: Corte europea dei diritti dell'uomo (grande camera), sent. 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, ricorso n. 41615/07. Isabelle Neulinger ha raccontato la sua esperienza in un libro (*Jamais vous n'aurez mon fils – Le combat d'une mère pour sauver son fils de l'emprise de religieux intégristes*, ed. La Boîte à Pandore, 2015). Un lungo-metraggio che narra la vicenda è in produzione.

³¹ L'incontro ha avuto luogo a Losanna, all'hotel Palace, il 14 settembre 2018, fra Vito Bumbaca, Simona Florescu, Isabelle Neulinger e il sottoscritto. Simona Florescu ha pubblicato un resoconto di alcuni degli aspetti toccati nel corso della lunga conversazione, in: strasbourgobservers.com/2018/11/12/justice-from-the-perspective-of-an-applicant-meeting-ms-neulinger/#more-4250.

riprodurre un passaggio tratto da un libro dal titolo evocatore, che meriterebbe di essere tradotto in italiano, «*Au nom de l'enfant – Se séparer sans se déchirer*» («*In nome del minore – separarsi senza lacerarsi*»)³². L'autrice, Me Anne Reiser, avvocato in Ginevra, una delle maggiori specialiste svizzere del contenzioso familiare internazionale, così scrive: «*les coûts de la santé en lien avec ces procédures explosent*»; «*chacun a son psychiatre de son côté*»; «*la situation socio-professionnelle des [personnes] en litige se péjore avec des gens qui [...] démissionnent de leur emploi après un arrêt-maladie prolongé et finissent soit invalides soit bénéficiaires de l'assistance sociale*»³³. Béatrice Martha C., svizzera e colombiana, funzionaria per tanti anni alle Nazioni Unite di Ginevra, che ha preso con sé la figlia Manuela – oggi studentessa all'Università di Ginevra³⁴ – allora poco più che in fasce, al principio degli anni '90 portandola in Svizzera per sottrarla al padre tunisino che minacciava, con l'appoggio incondizionato delle autorità della Tunisia, di impedire alla figlia di uscire dalla Tunisia fino alla di lei maggior età, ha vissuto per molti anni in uno stato di allerta quasi permanente per timore che il padre potesse venire a Ginevra per riprendersi la figlia, con frode, astuzia o violenza, e riportarla nel suo Paese. Béatrice Martha C. è oggi gravemente malata di cancro, la cui insorgenza – a detta dei medici – è stata favorita da anni di angosce e turbamenti, e che l'ha costretta ad un pensionamento anticipato. Sono i residenti svizzeri affiliati all'assicurazione-malattia che pagano per le cure: diverse decine di migliaia di franchi ogni anno. Isabelle Neulinger ha vissuto per lungo tempo «*la peur au ventre*» nel timore di una «*contro-sottrazione*», dalla Svizzera ad Israele, di Noam ad opera del padre («*Vous savez, Gian Paolo, la communauté Lubavitch, financée par les juifs russes, a beaucoup de moyens*») ed è ancor'oggi spesso «*sul chi vive*» («*Je suis sur mes gardes*»). Non è difficile immaginare il calvario vissuto da bimbi e adolescenti, che crescono «*dilaniati*» da procedure infinite, da protratti conflitti fra genitori, da protratti disaccordi fra gli Stati coinvolti e i loro organi su come risolvere i primi, tra divieti quasi permanenti di espatrio, allontanamento forzato da uno dei genitori e deteriorarsi della salute dell'altro... Le cicatrici che lasciano tali drammi sono spesso indelebili.

³² REISER, *Au nom de l'enfant – Se séparer sans se déchirer*, Lausanne, 2012.

³³ REISER, op. cit., p. 127.

³⁴ Che collabora alla versione spagnola di queste pagine. Manuela è in realtà uno pseudonimo.

5. Vorrei ancora citare la giurisprudenza svizzera recente. Un tribunale romeno affida un bimbo, che è svizzero e romeno, al padre, cittadino romeno che risiede a Bucarest³⁵. La madre, che vive in Svizzera, riesce ad ottenere da un tribunale del Cantone di Vaud una decisione che le è favorevole, e prescrive al minore di risiedere presso di lei a Losanna. Conflitto svizzero-romeno di decisioni. Penso anche a quest'altro caso: un tribunale di Sousse, in Tunisia, decide che il figlio vivrà in Tunisia presso il padre, tunisino; la madre, ginevrina, si oppone all'accoglimento in Svizzera della sentenza tunisina che ritiene parziale, «*biaisée*». La Corte d'appello di Ginevra constata il difetto di competenza «indiretta» del giudice tunisino: il quale non era, agli occhi della Svizzera, legittimato a pronunciarsi, ché la residenza abituale del minore si trovava, al momento della procedura tunisina, a Ginevra. Il Tribunale federale approva³⁶. Si apre la via perché la madre ottenga una *controdecisione* svizzera che può ben affidarle il minore, e che entrerà in conflitto con la decisione tunisina: la quale – ovviamente – non cessa di essere esecutiva in Tunisia malgrado il suo non accoglimento in Svizzera. Un tale disaccordo fra la Svizzera e la Tunisia condanna il minore e i genitori a vivere in uno spazio di anarchia internazionale³⁷.

³⁵ DTF del 17 gennaio 2016, 5A_324/2015.

³⁶ DTF del 17 giugno 2016, 5A_264/2016.

³⁷ A proposito di famiglie elvetico-tunisine, un'altra vicenda mostra le conseguenze *estreme* cui può portare il «braccio di ferro» fra il «Paese della madre» e il «Paese del padre» circa la sorte del loro figlio comune («*enfant de deux pays*») che ne è vittima incolpevole. Una cittadina svizzera ed un cittadino tunisino si sposano in Svizzera, dove vivono a titolo principale, e ne nascono due figli, nel 2004 e nel 2006, che sono binazionali, svizzeri e tunisini. I genitori si separano nel 2009 e il padre riesce a portare con sé i due figli in Tunisia nel 2010 senza l'autorizzazione della madre. Ne segue una tempesta giudiziaria di almeno sei anni (dal 2010 a 2016, cui data l'ultima sentenza pubblicata): una *decina* di procedure – penali e civili – in Svizzera (senza contare le procedure diplomatiche) e almeno *cinque* procedure giudiziarie in Tunisia, fino alla Corte di cassazione tunisina (per un resoconto, v. la decisione dell'*Obergericht* di Zurigo, del 31 agosto 2016, LC150021, disponibile sul sito del potere giudiziario zurighese, www.gerichte-zh.ch). Cercando di riassumere, i tribunali civili svizzeri aditi dalla madre pronunciano il divorzio e le affidano i bimbi. Decisione largamente inefficace perché non riconosciuta in Tunisia dove questi ultimi dimorano. I tribunali penali svizzeri condannano il padre – estradato dal Marocco – a sei anni di prigione per sottrazione internazionale di minori. Dalla prigione zurighese, il padre riesce nondimeno ad ottenere una serie di decisioni tunisine che gli attribuiscono la custodia dei figli, che viene di fatto esercitata in Tunisia dai nonni paterni. Tali decisioni tunisine non sono, ovviamente, riconosciute in Svizzera. Conflitto elvetico-tunisino di decisioni. Come constatata amaramente il Tribunale superiore del Cantone di Zurigo, «i bimbi si trovano in

Come si risolveranno, *di fatto*, queste controversie cui una soluzione *giuridica* fa difetto? Nulla impedirà l'irruzione della *legge di natura* – legge del più forte, del più veloce, del più resistente, del più minaccioso – quella stessa che domina la giungla, la savana, la steppa non meno che gli oceani. In un caso simile, franco-svizzero, il curatore del minore mi ha confidato: «Il bimbo è in grande ambasce; si sente responsabile non solo del conflitto fra i suoi genitori ma ora pure del conflitto fra i due Stati cui è legato quanto al modo migliore per risolvere il conflitto fra i genitori. Tutto ciò è per lui insopportabile. *Ha già fatto due tentativi di suicidio*».

6. Immagino che si sia tutti d'accordo: il bene, e l'interesse, dei nostri figli impone di risolvere, e se possibile prevenire, tali situazioni di disaccordo fra *comunità statali* su come risolvere un conflitto fra *genitori* circa la residenza di un minore che è membro di entrambe – e circa il di lui affidamento e le relazioni personali. Ma come fare?

Mi sono permesso di chiedere il parere... di chi? Non di un adulto, ma di un... bimbo. Non si insiste tanto sull'importanza di sentire il minore?

Si tratta in realtà di una bimba, che mi è particolarmente cara, mia

Tunisia senza i genitori, e i genitori si trovano senza i bimbi in Svizzera» («*Die Kinder sind... ohne Eltern in Tunesien und die Eltern ohne Kinder in der Schweiz*»: p. 48 della sentenza precitata). Più precisamente, i bimbi non hanno potuto, dal 2010, recarsi in Svizzera, loro «*madre-patria*». Né – assurdità ancora più grave – la madre può ormai da più anni recarsi per rendere loro visita in Tunisia, dove è da più anni *persona non grata*. Il Dipartimento degli affari esteri svizzero l'ha avvertita di non potere garantire la sua sicurezza personale («*Die Beklagte ist ihrerseits faktisch daran gehindert, nach Tunesien zu reisen... das EDA der Beklagten seit 2013 empfiehlt, nicht mehr nach Tunesien zu geben, weil ihre persönliche Sicherheit nicht mehr gewährleistet erscheint*»). L'opposizione fra gli ordini pubblici mono-nazionali dei due Stati co-interessati, e la sua radicalizzazione, ha finito per «smembrare» la famiglia. Anziché permettere il mantenimento di contatti diretti con i due genitori e le due collettività statali di cui sono membri – come prescrive loro la Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 –, la Svizzera e la Tunisia *allontanano i figli da entrambi i genitori*. Quante ore di lavoro sono state spese da parte delle autorità svizzere e delle autorità tunisine – consolari, ministeriali, di polizia, giudiziarie, di protezione del minore, carcerarie etc. (cfr. *infra*, par. 10, *in fine*) – quando denaro pubblico (al costo del lavoro delle autorità menzionate, non si dimentichi di aggiungere le spese *mediche*: in che stato di salute psichica si troveranno i figli? e la madre? e i genitori della madre? e i di lei fratelli e sorelle? ed il padre? e i genitori del padre?) è stato scialacquato per giungere ad un simile risultato, così disastroso per il benessere dei figli e dei genitori e gli altri membri di questa famiglia elvetico-tunisina?

nipotina, figlia di mia sorella gemella. Matilde ha compiuto 13 anni. È italiana, vive a Milano. Intelligente, affettuosa, sensibile, anche se ogni tanto crede di essere una *star*. E come certe *star*, si reca spesso in Svizzera per le vacanze. Matilde apprezza molte cose della Svizzera: il cioccolato, evidentemente, in particolare l'ovomaltina, le piste di sci, il sole generoso dell'Engadina, i treni rossi di montagna, le capanne con la bandiera rossocrociata. Durante una passeggiata al lago Misérin, in Val d'Aosta, due anni fa – aveva undici anni, e io già mi arrovellavo su tali rompicapi – mi sono permesso di interrogarla così: «Immagina per un istante che tuo Papà sia svizzero e che Papà e Mamma vivano separati. Mamma vuole che tu viva con lei in Italia. Papà vuole che tu viva con lui in Svizzera. Mamma si rivolge al giudice italiano. Papà si rivolge al giudice svizzero. Il giudice italiano ti dice: “Vivrai con tua Mamma in Italia”. E il giudice svizzero ti dice: “Vivrai con tuo Papà in Svizzera”. Allora Matilde, che si fa?».

La sua risposta fu immediata: «*Li licenziamo entrambi*».

Dicevo in esordio, citando Saint-Exupéry: i bimbi sono talvolta più immediatamente lucidi degli adulti³⁸.

«Effettivamente – le ho detto – è un'idea. Ma se licenziamo entrambi i giudici, come facciamo poi? Non abbiamo ancora una risposta».

«*Chiamiamo Obama*».

È – sicuramente – la percezione della saggezza del Presidente americano allora in carica, unita alla di lui equidistanza rispetto alla Svizzera e all'Italia, a suo Papà e sua Mamma, che ha ispirato a Matilde una tale idea.

Immaginiamo allora che i nostri protagonisti se ne ispirino a loro volta. E che, tornando al primo caso, i genitori di Naël, per ovviare all'*impasse* provocata dal conflitto elvetico-libanese di decisioni, si risolvano a rimettersi alle determinazioni di un «*panel*», come si dice oggi, di un collegio elvetico-libanese di tre «saggi». Quanto alla nomina di questi ultimi, una prima *opzione* consiste nel permettere ai genitori di parteciparvi paritariamente. La madre designerà per esempio una specialista svizzera selezionandola, sempre per esempio, fra una rosa di nomi che potrebbe essere stabilita dalla Svizzera, sicché il processo di nomina sarebbe, secondo questa prima opzione, per utilizzare un'espressione oggi alla moda, «pubblico-privato», ché vi concorrono i due *genitori*

³⁸ *Supra*, par. 2.

coinvolti e i due *Stati* coinvolti. Può trattarsi di un giudice in pensione, di un professore universitario, di un avvocato... Il padre sceglierà da parte sua un esperto libanese – magari di confessione musulmana – fra una lista di persone qualificate a tale effetto predisposta dal Libano. Una *seconda* opzione consiste nell'affidare la nomina ai due Stati coinvolti soltanto, escludendo un diretto coinvolgimento dei genitori. Preferisco non dilungarmi sui meriti e demeriti dell'una e l'altra opzione. Quanto al terzo componente, potremmo – gli Stati coinvolti potrebbero – affidarne la nomina al Segretario generale della Conferenza dell'Aja, presso il quale potrebbero essere depositati gli elenchi nazionali delle persone aventi i requisiti per fare parte di tali tribunali. Senonché – si dirà – il Libano non è membro della Conferenza dell'Aja. Potremmo allora – facendo prova di un po' di creatività, come Matilde, come sono creativi i nostri figli – rimetterne la designazione al Presidente del Comitato dei diritti del fanciullo delle Nazioni Unite. Il quale dovrebbe sceglierlo fra nomi prestigiosi, fra cui quello del Professor Davì³⁹. Né svizzero, né libanese, di chiara ed internazionale fama, *equidistante* dai genitori e dagli Stati interessati, grande specialista del diritto internazionale della famiglia, il Professor Davì sarebbe assai adatto a presiedere il nostro consesso giudicante. Non sarebbe invece, in ragione della sua nazionalità italiana, qualificato a fungere da Presidente del tribunale transnazionale cui si volesse affidare la risoluzione del contenzioso italo-lettone fra la madre ed il padre di Marko Campanella, e del disaccordo fra la Repubblica di Lettonia e la Repubblica italiana su come dirimerlo, ma potrebbe pur sempre prestarvi servizio come giudice nominato dal «lato» italiano.

Nazioni Unite, ho detto. La Svizzera ed il Libano sono nazioni «unite» dall'appartenenza comune all'ONU. Lo sono anche in qualità di Paesi cofirmatari della Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del minore. Come praticamente tutti gli Stati del mondo – si tratta di una Convenzione davvero universale – la Svizzera e il Libano, ratificando un tale testo, hanno aderito ai valori appunto universali da esso proclamati. Si sono impegnati assieme a riconoscere ai minori una serie di diritti, a rispettarli e farli rispettare⁴⁰. Per quanto riguarda Naël, di-

³⁹ Così lo facciamo lavorare ancora di più...

⁴⁰ Cfr. il misterioso «Accordo fra la Confederazione svizzera e la Repubblica libanese circa la cooperazione in certe materie familiari», concluso il 31 ottobre 2005, entrato in vigore il 1° marzo 2006. Nel preambolo, i due Stati riconoscono «che le questioni familiari, comprese le questioni relative alla custodia parentale e al diritto di visita, sono

versi di questi diritti vengono *calpestati* dalla Svizzera e dal Libano⁴¹: si tratta di *violazione congiunta*, di cui la Svizzera e il Libano sono corresponsabili, a causa della loro incapacità di trovare un accordo sulla sorte di Naël.

Non mi attarderò sulla procedura seguita dal nostro tribunale multi-nazionale. Immaginerò che la decisione abbia il tenore seguente: Naël vivrà fino a sedici anni a Ginevra presso la madre; il padre beneficerà di importanti diritti di visita, che potrà esercitare dove vorrà, anche, beninteso, in Libano. La madre potrà pure viaggiare con Naël in Libano, per rendere visita ai nonni materni. All'età di 16 anni, Naël frequenterà, a meno che non vi si opponga, la scuola americana di Beirut e resterà per un anno presso il domicilio del padre. Potrà in seguito scegliere dove trascorrere l'ultimo anno di scuola superiore, quello della maturità.

7. Quale sarebbe il valore di una tale decisione? Nella misura in cui i genitori sono autorizzati a partecipare alla nomina di due dei componenti il collegio giudicante – si tratta della prima opzione appena evocata –, si è probabilmente tentati di qualificarlo come *arbitrale* o *semi-arbitrale*. Sia pure. A scanso di equivoci, i tribunali internazionali arbi-

spesso scenario di tragedie umane, e che il raggiungimento di soluzioni rapide, eque ed umane può rappresentare, *a livello bilaterale*, una particolare sfida» e che le due parti sono pertanto «desiderose di promuovere e di favorire in questo ambito la cooperazione tra i due Stati».

⁴¹ *Supra*, nota 14. Tali diritti sono del resto menzionati e riconosciuti dall'Accordo fra la Svizzera e il Libano citato alla nota precedente, il quale prevede, all'art. 2, la costituzione di una «*commissione mista*», elvetico-libanese, la cui «attività si basa: a) sui principi generali del diritto internazionale, sui principi di equità e sul diritto di ciascun fanciullo di vivere e di condividere l'*affetto reciproco di entrambi i genitori*; b) sul diritto del fanciullo, separato da uno dei genitori o da entrambi, *di mantenere con loro un rapporto continuo e contatti diretti*, salvo se, in casi eccezionali, questo sia contrario al suo interesse superiore; e c) *sul rispetto del diritto di visita del genitore che non ha la custodia parentale*». Ora, il «braccio di ferro» giurisdizionale fra tribunale svizzero e tribunale libanese, ed il conseguente divieto di espatrio inflitto a Naël dal tribunale ginevrino, il quale divieto impedisce al padre di esercitare i diritti di visita in Libano, hanno per effetto di restringere significativamente, privandoli di buona parte del loro contenuto, i menzionati diritti soggettivi internazionali di Naël. L'idea di creare un «*tribunale misto*» è conforme allo spirito che anima quest'accordo bilaterale. Un tale tribunale misto non è – a ben guardare – altro che un'evoluzione, un *upgrade* come si dice oggi, della «*commissione mista*» di cui all'articolo 2 e risulta dall'attribuzione a quest'ultima, da parte degli Stati contraenti, di una funzione giurisdizionale sovra-statale, bi-nazionale.

trali sono tribunali *veri e propri*, composti da *giudici*, che esercitano la *giurisdizione* al fine di dirimere una controversia internazionale, mediante una *decisione*.

Nulla, in un'altra Convenzione delle Nazioni Unite – ancora loro – quella del 1958 sul riconoscimento dei lodi arbitrali, impedisce agli Stati che l'hanno ratificata (più di 160: altro strumento quasi universale) di applicarla alle controversie *non commerciali*. Sicché, se vi è un ostacolo, esso viene piuttosto dai testi nazionali che definiscono l'arbitrabilità. Una tale nozione varia in effetti da uno Stato all'altro. Per la legge svizzera sul diritto internazionale privato, l'arbitrabilità è definita dalla «materia patrimoniale»⁴². Si rammenti la decisione libanese che ha comminato una pena pecuniaria («*astreinte*») alla madre per ogni giorno di ritardo nel consegnare Naël al padre. Ciò vale forse a conferire alla lite un carattere patrimoniale? Non mi pare. Preciso per connessione che l'eventuale contenzioso che dovesse elevarsi a proposito degli *alimenti* è invece indiscutibilmente patrimoniale: questo aspetto, fondamentale, della responsabilità *genitoriale*, che è pure una responsabilità *economica*, dovrebbe dunque essere arbitrabile ai sensi della legge svizzera e di tante altre che fanno dipendere l'arbitrabilità di una lite dal carattere patrimoniale delle situazioni giuridiche contese.

Altri Stati autorizzano specificamente gli esseri umani tra cui intercorre una controversia *non patrimoniale* a ricorrere alla giustizia arbitrale. È la tendenza più moderna, che mi pare promessa a diffondersi. Citerai al riguardo, tra i tanti, la Germania ed il Portogallo. La ZPO e la recente legge portoghese sull'arbitrato dispongono che, quanto a contestazioni *non patrimoniali*, la via dell'arbitrato resta percorribile, sempreché siano in causa materie riguardo alle quali le parti abbiano la libertà di concludere un accordo transattivo («*Vergleich*»)⁴³. È dunque

⁴² Art. 177 della LDIP.

⁴³ Cfr. par. 1030 del Libro 10, dedicato alla «procedura arbitrale» («Schiedsrichterliches Verfahren») della *Zivilprozessordnung* del 1998: «§ 1030 Schiedsfähigkeit (1) Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen». L'art. 1 della «Lei da Arbitragem Voluntária» (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro 2011) recita per parte sua così: «Artigo 1.º Convenção de arbitragem: 1 – Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2 – É também válida uma convenção de arbitragem relati-

la *transigibilità* dei diritti controversi ad offrire il criterio definitorio dell'arbitrabilità in questi due Paesi. Simile la soluzione adottata dal codice di procedura italiano, la quale fa dipendere l'arbitrabilità dal fatto che le «*controversie non abbiano per oggetto diritti indisponibili*», cioè – in sostanza, ed eliminando la doppia negativa – abbiano per oggetto «*diritti disponibili*»⁴⁴.

Chiediamoci allora se le questioni inerenti alla responsabilità genitoriale soddisfino, o meno, a tali criteri. Ed osserviamo *d'emblée* come oggi più che mai si insista sull'importanza di favorire un accordo – cioè una soluzione amichevole – fra i genitori che litigano sull'affido e l'entità e le modalità delle relazioni personali. Pensiamo alle risorse crescenti che le comunità statali investono nella mediazione familiare. La quale aspira ad incoraggiare i genitori a determinare da sé, in modo concertato, l'organizzazione della residenza e delle relazioni personali. Si parla sempre più spesso di *contrattualizzazione* o di *privatizzazione* («*private ordering*» nella dottrina anglosassone) del diritto di famiglia. Quale che sia il valore di queste etichette, mi pare alquanto paradossale che si dica, da una parte, ai genitori: «sarebbe buona cosa che troviate un accordo» e «vi incoraggiamo a farlo», e che si dica loro, d'altra parte: «l'accordo che avete concluso non vale granché perché non avevate il potere di concluderlo: la materia in questione non è transigibile, cioè non può essere soggetta ad accordo». Penso dunque che se l'arbitrabilità delle controversie non patrimoniali dipende dalla possibilità per le parti di concludere un accordo transattivo, un certo numero di controversie genitoriali – fra cui probabilmente anche quelle che dividono i genitori di Naël et Marko – dovrebbe diventare arbitrabile alla luce della nozione citata di arbitrabilità.

Penso però anche che disquisire *de lege lata*, sulla lettera di tale o tal'altra legge, non sia la migliore maniera di affrontare la questione. Meglio andare in cerca della radice del problema. Vorrei dunque provare ad identificare le riserve che l'arbitrato internazionale suscita nella nostra materia da un punto di vista di *politica legislativa*, cioè avuto ri-

va a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido [...]» (il corsivo è mio).

⁴⁴ Art. 806 cod. proc. civ.: «Le parti possono far decidere da arbitri le controversie fra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge». Cfr. l'art. 1966 cod. civ.: «Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti».

guardo agli *interessi degli esseri umani e delle collettività statali coinvolte*. Due constatazioni s'impongono. La prima è che le ragioni delle pretese non-arbitrabilità delle controversie in materia di minore sono citate di rado, ed in maniera fuggevole, meccanica, come per inerzia. Si ha spesso l'impressione di trovarsi di fronte ad un *dogma*. Dogma che in quanto tale non necessiterebbe di dimostrazione ed anzi è come insuscettibile di dimostrazione. Il che porta alla seconda constatazione: chi si è interessato alla questione lo ha fatto avendo per lo più a mente l'arbitrato «interno», cioè le controversie che insorgono in seno a famiglie mono-nazionali⁴⁵. Non ci si è, a quanto sembra, ancora preoccupati di verificare se le riserve che desta l'arbitrato se applicato ad una controversia *interna* siano trasponibili all'arbitrato se applicato ad una controversia *internazionale*. Manca cioè un'analisi che si appunti *ex professo* ed unicamente sul minore «transnazionale» e la di lui famiglia. Come mostrano gli esempi, i due piani non sono, rispetto ad una questione fondamentale, analoghi: il tribunale arbitrale interno è l'*alter ego* del tribunale giudiziario mono-statale, il cui accesso è garantito dalle Costituzioni nazionali. Il tribunale arbitrale internazionale non è l'*alter ego* del tribunale giudiziario multi-statale, che appunto non esiste. Cioè se la giustizia interna è vuoi statale vuoi arbitrale, la giustizia multi-nazionale, fintantoché non si istituiscano tribunali «interstatali», non può che essere arbitrale.

Ciò detto, sono riuscito ad identificare quattro riserve – legate a dire il vero l'una all'altra –, cioè quattro argomenti che militerebbero contro il ricorso a tribunali arbitrali per dirimere le controversie che qui interessano: *a)* ordine pubblico; *b)* indisponibilità dei diritti controversi; *c)* coinvolgimento di un interesse statale; *d)* incompatibilità fra la qualifica di «giudice privato» con la natura in parte pubblicistica della lite. Esaminiamo brevemente ciascuno di tali argomenti, avendo presente la situazione provocata dal conflitto di decisioni mono-nazionali, di ordini mono-statali di affido di cui sono vittime Naël, Marko e i rispettivi genitori.

8. *a) Ordine pubblico*. Si sostiene che la materia in questione sia permeata da considerazioni di *ordine pubblico* e che mal si concilierebbe con le caratteristiche dell'arbitrato. Al che si può obiettare che il conflit-

⁴⁵ V. per es. KENNETT, *It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution*, *Int. Journal of Law, Policy and the Family*, 2016, pp. 1-31.

to fra ordinamenti libanese e svizzero circa la sorte di Naël traduce un *conflitto di ordini pubblici mono-nazionali*. Ciascuno dei due Stati ha la propria idea di come organizzare al meglio il regime transfrontaliero dell'affido e dei diritti di visita. Un conflitto di ordini pubblici non porta *ordine* nella sfera giuridica dei destinatari, ma provoca un *disordine internazionale*, che è negazione dell'ordine e favorisce, giustificandolo, l'avvento di una giustizia privata («*self-justice*»), cioè l'*esercizio privato*, e spesso *arbitrario*, delle proprie ragioni. Un esempio banale: se una coppia desidera fare ordine nell'appartamento in cui vive, che supporremo in disordine, e se la moglie ha la sua visione di come ordinare le cose, e il marito ha la sua visione di come ordinare le cose, e nessuno è disposto a fare concessioni all'altro, vi sono buone probabilità che questo spazio comune rimarrà in disordine.

Un conflitto giuridicamente irrisolto fra decisioni mono-statali segna il *fallimento* della giustizia statale. Accettando di sostituire alle decisioni mono-nazionali contraddittorie una decisione *bi-nazionale*, una sola, la Svizzera e il Libano farebbero davvero profittare Naël, e i genitori, di un *ordine pubblico internazionale*, e di un ordine *giuridico*, degno di questo nome, ordine che è qui necessariamente «bi-statale», elvetico-libanese.

b) *Indisponibilità dei diritti*. Il secondo argomento attiene all'*indisponibilità* dei diritti. Ne ho già un po' parlato. Supponiamo, senza concedere, che i diritti soggettivi in questione – affido, visita e relazioni personali – siano davvero indisponibili. Sarebbe nondimeno paradossale equiparare l'iniziativa assunta dal padre e dalla madre di Naël, che si rivolgono al collegio elvetico-libanese presieduto dal nostro Professor Davì, ad una *disposizione*, cioè in sostanza ad una *rinuncia*, da parte loro, ai diritti soggettivi di affido e di visita che spettano loro. Decidendo di rimettersi ad un tribunale «misto», i nostri personaggi non stanno affatto «*disponendo dei loro diritti*». Stanno piuttosto cercando di sapere, appunto, *quali sono* i loro diritti. La decisione svizzera ha sentenziato: «*È la madre che ha il diritto di custodia, e il padre il diritto di visita*». La contro-decisione libanese ha sentenziato: «*No, è il padre che ha il diritto di custodia, e la madre il diritto di visita*». Diritti di custodia e di visita degni di questo nome – che i genitori possano esercitare e di cui possano pretendere reciprocamente il rispetto, se necessario ricorrendo alla *forza pubblica* – non esistono ancora. Per esistere, devono essere qui riconosciuti e protetti *bi-nazionalmente*. Ed è al fine di procurare che diritti di custodia e di visita possano esistere in quanto diritti *soggettivi*, cioè protetti bi-nazionalmente, che i nostri personaggi si rivolgono ad

un tribunale bi-nazionale, auspicando di ottenere una decisione che spieghi efficacia «bi-territoriale», cioè all'interno dell'area geografica formata dal territorio svizzero e dal territorio libanese, che è il territorio bi-nazionale su cui è chiamata a vivere la famiglia elvetico-libanese formata da Naël e i genitori di lui.

c) *Interesse statale*. Il terzo argomento attiene all'*interesse statale* sotteso a tali questioni, associato al carattere asseritamente privato di un tribunale arbitrale e dei giudici che ne fanno parte. Citiamo una decisione newyorchese degli anni '90 che ha rifiutato di dare effetto ad una clausola d'arbitrato interno – dico bene: *interno* – in materia di *custody* a motivo che: «*the function of parens patriae cannot be usurped*». Il giudice statale viene definito quale «*genitore della patria*», rappresentante della collettività statale dalla quale deriva suoi poteri, responsabile della protezione, e del benessere, della gioventù⁴⁶.

Ma il nodo del problema consiste in ciò che vi sono qui due «*patrie*», due collettività di cui il minore è membro: la Svizzera ed il Libano, l'Italia e la Lettonia. E vi sono due *parentes patriae*, più esattamente due *parentes patriarum*: il giudice *svizzero* e il giudice *libanese*, il giudice *italiano* ed il giudice *lettone*, di cui ciascuno è il rappresentante, «genitore» di una delle due «*patrie*» coinvolte. E in che cosa consiste, per l'appunto, tale *interesse statale*? Se esso attiene all'interesse a che la controversia familiare sia risolta una *volta per tutte*, si tratta di un interesse statale *comune* alla Svizzera ed al Libano. Perché la Svizzera ed il Libano, in quanto corresponsabili del benessere di Naël, hanno il *dovere comune* di risolvere il contenzioso fra i genitori e portare pace nella famiglia elvetico-libanese ed ordine nella vita di Naël. Come diceva Giorgio Del Vecchio, «*si ha sempre interesse ad adempiere al proprio dovere*»⁴⁷. Se così è, affidare la risoluzione di un conflitto fra due decisioni mono-nazionali ad un tribunale «misto», sovra-statale, significherebbe, mi sembra, *soddisfare all'interesse statale* così definito, il quale, così definito, è interesse *comune*, condiviso fra la Svizzera ed il Libano. Questo interesse statale viene invece completamente disatteso se la situazione di conflitto elvetico-libanese di cose giudicate non viene risolta: un tale conflitto perpetua la lite genitoriale, alimenta – abbiamo

⁴⁶ Sulla «*parens patriae doctrine*», v. *ex multis* BLOKHUIS, *Parens Patriae: A Comparative Legal Study of Sovereign Authority and Public Education Policy in the Province of Ontario and the State of New York*, Dissertation University of Rochester, NY, 2009.

⁴⁷ DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Paris, 1953 (ristampa Paris, 2004, con prefazione di Gutmann), p. 270.

detto – la guerra genitoriale e i due Stati *mancano al proprio dovere* comune. Ne segue che, riprendendo Giorgio Del Vecchio, i due Stati *mancano al proprio interesse comune* che è, appunto, di adempiere al meglio il proprio dovere, qui comune.

Ma – si dirà – questo «*interesse statale*» potrebbe ben essere un altro: non un interesse di natura *formale*, a ciò che la lite sia risolta *in assoluto*, ma un interesse di natura *sostanziale*, a determinare *il modo in cui* la lite venga risolta, ed a favore *di chi*. Senonché se il minore e i genitori hanno legami con *due Stati*, ciascuno dei due Stati può avere un interesse a che il conflitto sia risolto in un certo *modo*, *divergente* dal modo in cui l'altro Stato ha per parte sua interesse a che il conflitto sia risolto. Il Libano può avere *interesse* – interesse dunque *statale*: dello Stato «Libano» – a che la lite elvetico-libanese sia risolta in favore del padre, cioè fissando la residenza di Naël a Beirut. Ma la Svizzera può avere *interesse opposto*, un «*contro-interesse*» – interesse parimenti statale – a che tale lite sia risolta in favore della madre, cioè fissando la residenza di Naël a Ginevra. L'interesse statale così inteso, unito alla presenza di due Stati «interessati», conduce dunque alla possibilità di una *divergenza* fra questi interessi statali: cioè ad un *conflitto di interessi statali*. Ne segue che il giudice che è organo di *uno solo* degli Stati coinvolti e non dell'altro, che amministra la giustizia *in nome* di tale Stato soltanto, e per conto di tale comunità statale soltanto⁴⁸, rischia di essere mal posizionato per dirimerlo in quanto rischia di essere lui stesso preso nella stretta – osiamo il termine – di un *conflitto d'interessi*.

Ritorniamo al caso italo-lettone. Al di là della dimensione *inter-genitoriale* della lite, che resta evidentemente ed indiscutibilmente *preponderante*, che resta in *primo* piano, vi è, in *secondo* piano, *sullo sfondo* se vogliamo, almeno potenzialmente, una dimensione *inter-societale* (cioè fra due comunità sociali, italiana e lettone): dimensione *sussidiaria* ma nondimeno percettibile. La collettività italiana e la collettività lettone potrebbero avere ciascuna interesse non soltanto ad esercitare, mediante i loro organi – giudici, autorità di protezione dell'infanzia, etc. – la responsabilità *sussidiaria* su Marko, ma anche a che Marko *risieda e cresca a titolo principale presso di sé*, cioè presso il genitore che, in virtù della residenza o la cittadinanza, abbia dei legami significativi con tale

⁴⁸ Ne attestano le solenni epigrafi delle sentenze mono-nazionali: «*In nome del popolo italiano*», «*In Namen des deutschen Volkes*» etc. In Svizzera, l'amministrazione della giustizia avviene su base per lo più *cantonale*, sicché il documento che contiene una sentenza ginevrina s'apre con la menzione: «*République et Canton de Genève*».

collettività. Ma se così è, come può un giudice italiano, per quanto riguarda questa dimensione interstatale latente del *conflitto*, essere «imparziale» ed «indipendente»? Si tratta dello snodo cruciale dell'analisi. Si comincia con il dire che la collettività italiana potrebbe essere parte – sussidiariamente – interessata alla causa e vi è allora un *interesse statale*. Ma la collettività lettone può pure essere parte sussidiariamente interessata alla causa. Vi è allora un altro *interesse statale*, l'interesse di un altro Stato, che potrebbe essere in concorso con il primo, *antagonista* rispetto al primo, nel senso che tali interessi statali non possono essere soddisfatti entrambi. Ne segue che il giudice *italiano* non è, per quanto riguarda questa dimensione sussidiaria della causa, al di sopra delle parti, *super partes*, ma è al contrario – diciamo così – *intra partem*, cioè evolve «all'interno» di una parte, seppure di una parte *sussidiaria*, la collettività italiana. In quanto *organo* della collettività italiana, in quanto statuisce per conto della «*Repubblica italiana*» ed «*In nome del popolo italiano*» – è l'epigrafe che si ritrova nelle sentenze dei tribunali nostrani – il giudice italiano è *dipendente* – e non *in-dipendente* – dalla collettività italiana alla maniera appunto di un *organo* che *dipende* all'organismo cui aderisce, e dal quale non può essere *indipendente*. Cioè il giudice italiano finisce, riguardo a questa componente sussidiaria del disaccordo, per essere «*parte di una parte*», seppure sussidiaria, cioè finisce per «*essere di parte*». Cioè per non essere più *imparziale* ma per essere *parziale*.

Osserviamo il paradosso: il coinvolgimento di un *interesse statale* così inteso nel contenzioso attorno al minore, unito al coinvolgimento di *due Stati*, ben lungi dallo *squalificare* la giustizia internazionale arbitrale, sembra piuttosto *squalificare* la giustizia giudiziaria *mono-nazionale* in quanto in sospetto di *parzialità* riguardo alla componente sussidiaria intersocietale della lite.

Il trattato di Gabrielle Kaufmann-Kohler sull'arbitrato internazionale riferisce, nelle sue prime pagine, testualmente: «*il vantaggio principale dell'arbitrato internazionale risiede nella sua neutralità*». Emmanuel Gaillard vi insiste a sua volta in un articolo-bilancio pubblicato di recente⁴⁹. A costo di dire un'ovvietà, ricordo che la «neutralità» e l'«indi-

⁴⁹ KAUFMANN-KOHLER, RIGOZZI, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, Oxford, 2016; GAILLARD, *L'apport de la pensée française à l'arbitrage international*, *Journal du droit int.*, 2016, p. 530: «L'intérêt de l'arbitrage ne tient pas, comme on l'écrivait autrefois [...], au fait que l'arbitrage serait rapide, peu onéreux et maintiendrait d'excellentes relations entre les parties [...]. L'avantage de l'arbitrage est ailleurs. Il tient à la neutralité, géographique et en termes de nationalité, des arbitres

pendenza» di un tribunale non è un «*di più*», un *accessorio* al quale è possibile rinunciare – come il tettuccio apribile quando compriamo un'automobile – ma una caratteristica *consustanziale*, e dunque *non negoziabile*, della *giustizia*. Perché allora una tale garanzia di neutralità e di indipendenza dovrebbe essere denegata a Marko, Naël, Noam, Sofia, Matilde ed ai loro genitori? Perché dovrebbe essere denegata agli esseri umani coinvolti in una lite familiare transnazionale in cui la componente *interstatale*, e dunque il rischio di *dipendenza* e di *parzialità* del giudice mono-statale, potrebbe essere addirittura più *importante* che nelle controversie in campo *commerciale*? Perché?

E sarebbe interessante rivolgere a Naël e a Marko la domanda seguente: «preferisci che il giudice che dirà se è tua Mamma o tuo Papà che abiterà con te a titolo principale sia un giudice scelto unicamente da tua Mamma o scelto unicamente da tuo Papà od un giudice scelto *dall'uno e dall'altro insieme?*».

Ho chiesto a Matilde. E lascio immaginare la risposta.

E poiché siamo in tema, non è forse più conforme all'interesse «ben compreso» del minore bi-nazionale che ci si adoperi perché il tribunale cui venga affidata la responsabilità di decidere sul suo futuro, grazie all'investitura ed alla provenienza mista dei suoi membri, alla composizione multi-nazionale che rispecchia la duplice identità, geografica, culturale, linguistica talora religiosa del minore, sia in grado di «librarsi» ad una visione multilaterale del contesto in cui il minore ha vissuto ed in cui è chiamato a vivere? Anche a supportarlo libero da qualsiasi conflitto d'interessi, un giudice italiano può del tutto ignorare come sarebbe il «quotidiano» di Marko in Lettonia: i dispositivi di sostegno all'infanzia, la qualità delle scuole e delle infrastrutture ricreative... Rischia di rimanere prigioniero di una prospettiva ristretta, mono-territoriale, che gli fornisce uno «spaccato» della realtà incompleto, «parziale»⁵⁰. Un tribunale composto da un membro italiano e da un

(*personne ne voulant plaider chez l'autre*), à la participation des parties à la nomination des arbitres [...]» (il corsivo è mio).

⁵⁰ Insomma, se anche non è «*parziale*» o «*di parte*» in senso giuridico, ciò non toglie che il suo campo visuale, e la sua prospettiva culturale, a tacer d'altro, rimangono di fatto «*parziali*». Lo stesso è a dirsi dei servizi sociali mono-nazionali, o delle agenzie mono-nazionali di protezione del minore. Qualche anno fa, mi trovavo a Bruxelles e dopo aver presentato al Parlamento europeo un rapporto dell'Istituto svizzero di diritto comparato che rivolgeva qualche suggerimento sulla riforma del regolamento Bruxelles II-bis, fui avvicinato da un Francese sulla quarantina, rappresentante di un'associazione di genitori che avevano «subito» il «nazionalismo» dei «potentissimi» (così disse) *Jugen-*

membro lettone beneficerebbe di una visuale più larga, italo-lettone appunto, bi-focale, grandangolare – non una visuale «di sbieco», «*biaisée*», tronca – e disporrebbe di conoscenze «riunite» dei regimi giuridico-sociali che hanno corso nelle due comunità, le quali lo rendono, mi sembra, intrinsecamente *più competente*. È – mi pare – esigenza universale di giustizia che il campo di percezione di un giudicante sia il più possibile *coestensivo* con lo spazio occupato dalla realtà umana, qui italo-lettone, sulla quale il tribunale è chiamato ad intervenire. Il giudicante deve poter contemplare il rapporto umano in contesa da un punto di vista multilaterale, sufficientemente *sopra-elevato* rispetto alle parti, ed al piano da queste occupato, onde – qui – conoscere e valutare i due contesti concorrenti che i genitori e le due collettività «in presenza» promettono di offrire al minore, per ipotesi membro dell'una e dell'altra.

9. d) *Gli arbitri quali «giudici privati»*. Veniamo al carattere *asseritamente privato* del giudice arbitrale. Questo sembra essere il ragionamento: in quanto giudice *privato*, l'arbitro non può che dirimere conflitti fra pretese *private*. Poiché, lo abbiamo detto, vi è, nelle controversie sul minore, un interesse *pubblico*, «statale» appunto, l'arbitrato sarebbe inetto a risolverle.

Gli argomenti per combattere un tale ragionamento sono molteplici. Sarò selettivo.

Ricordo, innanzitutto, che la funzione affidata ad un tribunale internazionale arbitrale è una funzione *pubblica*: quella di esercitare la *giurisdizione*, e di regolare i conflitti fra persone (in senso lato) al fine di evitare che si facciano giustizia da sé: che è ciò in cui consiste la vera giustizia *privata*, che è quella che appunto ci si fa da sé («*self-justice*», «*Selbstjustiz*»).

In secondo luogo, che l'arbitrato internazionale non possa *strutturalmente* se non risolvere conflitti d'interessi *privati* è smentito dalla storia, recente e meno recente, di questo modo di risoluzione delle con-

dämter tedeschi, che mi tenne più o meno questo discorso: «*Dès qu'un des parents est allemand, l'autre parent n'a aucune chance de se voir attribuer la garde. Les juges allemands suivent systématiquement les recommandations des Jugendämter. C'est injuste. Il faut changer ça!*». Il Servizio Sociale Internazionale («ISS»), presente in più di 120 Paesi, organicamente indipendente dagli Stati e dai loro organi, ha invece composizione, campo di attività, spazio visuale e metodi di lavoro (attraverso «*child's assessments*» e «*home studies*») autenticamente bi- e multinazionali.

troversie. L'arbitrato detto «dell'*Alabama*» è spesso definito quale primo esempio di ricorso ad una giurisdizione sopranazionale dell'era moderna⁵¹. Svoltosi a pochi passi dalla sede della mia università, ha inaugurato il successo di Ginevra come sede arbitrale internazionalmente privilegiata⁵². Il dissidio opponeva gli Stati Uniti al Regno Unito. Si trattava cioè di un contenzioso *interstatale*. Il presidente di tale primo tribunale internazionale arbitrale moderno fu il piemontese Federico Sclopis⁵³. L'idea di affidare al Professor Davì la presidenza del nostro tribunale elvetico-libanese perpetuerebbe una tale tradizione. Il senatore Sclopis e i suoi colleghi erano giudici *privati*? Anche se così fosse, ciò non ha impedito loro di arbitrare un conflitto dalla componente *interstatale* praticamente *esclusiva*. Perché allora giudici arbitrali sarebbero mal qualificati per dirimere un conflitto dalla componente *interstatale*, *inter-societale*, *moderata* – sussidiaria, abbiamo detto – come quelli di cui è questione?

In terzo luogo, si pensi alla diffusione dell'arbitrato di *diritto pubblico*⁵⁴, specie di diritto *amministrativo* e di diritto *fiscale*. Riguardo a quest'ultimo, la nuova generazione di convenzioni contro la doppia imposizione, sotto la spinta dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), comporta una clausola arbitrale. Prendiamo il trattato che l'Italia ha stipulato con il Libano, entrato in vigore nel 2011⁵⁵. Supponiamo una persona che abbia attività professionali sia in Italia sia in Libano, che viaggi di continuo fra l'uno e l'altro Paese, sic-

⁵¹ Per un resoconto recente, v. BINGHAM, *The Alabama Claims Arbitration, Int. and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 1 ss., riprodotto in ID., *Lives of the Law: Selected Essays and Speeches 2000-2010*, Oxford, 2001, p. 13 ss.

⁵² Le riunioni hanno avuto luogo fra il 15 e il 18 luglio 1872 in una sala dell'Hôtel de Ville, conosciuta da allora come «Sala dell'*Alabama*», quella stessa in cui, qualche anno prima, il 22 agosto 1864, fu firmata la Convenzione di Ginevra, atto fondatore del Comitato internazionale della Croce rossa.

⁵³ In piazza Castello, sul fronte porticato della prefettura di Torino, la lapide commemorativa dedicata al conte Federico Sclopis di Salerano (1798-1878) posta dal consiglio provinciale di cui fu Presidente nel 1882 rammenta, fra i «nobili ricordi» che egli «lasciò... di sé», il fatto che «presiedette in Ginevra il congresso degli arbitri che pacificò l'Inghilterra e gli Stati Uniti».

⁵⁴ Nella letteratura svizzera, v. MCGREGOR, *L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissements*, Zürich, 2015.

⁵⁵ L. 3 giugno 2011 n. 87: «Ratifica ed esecuzione della Convenzione tra la Repubblica italiana e la Repubblica del Libano per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le evasioni fiscali, con Protocollo aggiuntivo, fatta a Beirut il 22 novembre 2000». La clausola arbitrale è prevista all'art. 25, commi 4 ss.

ché ciascuno dei due Paesi ritiene che la residenza si trovi sul suo territorio, onde potere esercitare la potestà fiscale. Ciascuno Stato è cioè – come si suol dire – tentato di «*tirare acqua al suo mulino*». Il che è umano: come il mulino ha bisogno d'acqua, lo Stato ha bisogno di soldi. Per risolvere il conflitto italo-libanese fra residenze fiscali, e fra amministrazioni fiscali, e per risparmiare alla persona un *conflitto* di giurisdizioni e normative fiscali, ed una *doppia* imposizione, la menzionata convenzione italo-libanese prevede il ricorso ad un *tribunale arbitrale italo-libanese*⁵⁶. Il quale tribunale, beneficiando di un angolo visuale *bi-nazionale*, sopra-elevato, equidistante rispetto alle «focali» *mono-nazionali*, deciderà una volta per tutte, con efficacia *bi-territoriale*, dove si trova la residenza della persona in questione, risolvendo l'opposizione di vedute fra le due amministrazioni fiscali. Che i componenti di tale collegio vengano qualificati giudici privati non osta a che sia loro affidato il compito di dirimere un conflitto d'interessi statali. Non vedo allora perché non sia possibile ricorrere ad un tale meccanismo per risolvere un conflitto fra *due residenze future ipotetiche* del minore quando ciascuno dei due genitori – e sussidiariamente dei due Stati – insiste per «tirarlo» a sé, cioè insiste perché la residenza sia fissata presso di sé e sul proprio territorio.

Pensiamo anche all'arbitrato internazionale in corso fra l'Italia e l'India nel caso detto dei «marò» – fucilieri della marina italiana – Massimiliano Latorre e Salvatore Girone che, a bordo della petroliera «Enrica Lexie», avrebbero provocato la morte di due pescatori indiani, Valentine Jelastine e Ajeesh Pink. Cinque persone formano il collegio – il tribunale internazionale presso la Corte permanente di arbitrato dell'Aja – competente a dirimere questa controversia interstatale, fra i quali un membro italiano e un membro indiano e i restanti di Stati terzi⁵⁷. Tribunale che dovrà stabilire se l'India o l'Italia abbia potere di giudicare dell'operato dei militari italiani. Se un tribunale internazionale arbitrale ha il potere di dirimere un disaccordo interstatale su una questione di diritto internazionale *penale*, perché non avrebbe il potere di

⁵⁶ Denominato «commissione arbitrale», ma poco importa, le decisioni da essa assunte essendo «definitive e vincolanti per ciascuno degli Stati contraenti» (art. 25, 8° comma).

⁵⁷ Si tratta dell'italiano Francesco Francioni, dell'indiano Pemmaraju Sreenivasa Rao – che ha sostituito il suo connazionale Patibandla Chandrasekhara Rao, scomparso nell'ottobre 2018 –, del coreano Jin-Hyun Paik, del giamaicano Patrick Robinson e del russo Vladimir Golitsyn, che presiede il collegio. Le udienze dovrebbero svolgersi fra l'8 e il 20 luglio 2019. Per un resoconto della procedura, e copia degli atti finora depositati dalle due Parti, v. pca-cpa.org/en/cases/117.

dirimere un disaccordo interstatale su come risolvere un disaccordo fra i due genitori circa la sorte di un minore bi-nazionale, che suole ritenersi una questione di diritto internazionale *privato*?

Infine, come non evocare lo sviluppo propriamente spettacolare, negli ultimi trent'anni, dell'arbitrato detto degli *investimenti*? Semplificando un po', è *proprio* perché lo Stato *verso cui* viene diretto l'investimento ha un *interesse*, in quanto parte in causa, nel contenzioso risultante da queste operazioni di investimento che si autorizza l'investitore a sottrarsi ai giudici *mono-nazionali* di tale Stato, che potrebbero essere «*di parte*» in quanto «*organi di una parte*», e perciò «*parte di una parte*», e rivolgersi ad un tribunale a composizione multi-nazionale. Un meccanismo simile – che è stato appena approvato dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea – si rinviene nell'Accordo commerciale e economico tra il Canada e l'Unione Europea («CETA»)⁵⁸. Il che pare confermare due cose: che la presenza di un interesse statale non è incompatibile con la giustizia internazionale arbitrale; che, *al contrario*, la presenza di un interesse statale, e la presenza di due Stati, può rendere ancora *più necessario* il ricorso ad una tale *giustizia sovrastatale*, o «ultrastatale». È quanto conferma ulteriormente il meccanismo di risoluzione delle controversie che figura nel progetto di «Accordo istituzionale» fra la Svizzera e l'Unione Europea di cui si è molto discusso in questi ultimi mesi⁵⁹. È ad un tribunale arbitrale, definito volta a volta dalla stampa «misto» o «paritario», «indipendente» dalle parti in lite – o egualmente dipendente, il che è sufficiente – che si prevede di sottoporre i disaccordi fra le due parti contraenti sull'interpretazione e applicazione del trattato, qualora gli scambi di vedute in seno ai «comitati misti», pure paritari e che formano, per dir così, la prima istanza della procedura di risoluzione, si siano rivelati insufficienti a comporre tali disaccordi⁶⁰.

10. Torniamo ai nostri casi di studio. Se consentissimo ad offrire l'accesso ad un tribunale elvetico-libanese al fine di *dirimere* il conflitto fra due decisioni mono-nazionali, e due giustizie mono-statali, perché

⁵⁸ V. *supra*, nota 1.

⁵⁹ «Accordo che facilita le relazioni bilaterali fra l'Unione Europea e la Confederazione svizzera per le parti del mercato interno alle quali la Svizzera partecipa», versione finale, 23 novembre 2018, disponibile sul sito del Dipartimento federale degli affari esteri, www.eda.admin.ch.

⁶⁰ «Protocollo III sul Tribunale arbitrale».

non permettere alle persone coinvolte di rivolgersi sin dall'inizio ad un tale tribunale, e per *scongiurare* un conflitto fra giustizie statali, prevenendone l'insorgenza? Avremo risparmiato al minore, ai genitori, alle collettività una moltitudine di procedure giudiziarie inutili, ch  si neutralizzano reciprocamente, ed anzi dannose, evitando uno spreco di risorse umane e finanziarie collettive, riducendo, quanto meno nella durata, le tensioni, le angosce, i turbamenti, che ne derivano. Una procedura sola, transnazionale, invece di tre, di cui due mono-nazionali. O meglio, una procedura di fronte ad una *serie sola di giurisdizioni*, transnazionali – tipicamente: una di prima istanza e una d'appello⁶¹ – anzich  tre serie di procedure, di cui due, potenzialmente infinite, di fronte a giurisdizioni mono-nazionali.

Tra i benefici che promette di procurare la creazione di tribunali multi-nazionali ne citer  un ulteriore, alquanto importante. Si ricorder  il gesto disperato della signora Sneersone, che ha trasferito Marko da Roma a Riga contro la volont  del padre. Perch  ha compiuto un tale gesto? Difficile, beninteso, fare generalizzazioni. Ma uno dei motivi che, statisticamente, spingono un genitore a sottrarre il proprio figlio dal territorio dello Stato in cui quest'ultimo risiede cercando *rifugio* – e sperando di trovare *protezione* – sul territorio di un altro Stato, talvolta definito «Stato-rifugio», spesso lo Stato d'origine di tale genitore,   che tale genitore avverte che potrebbe *non ottenere giustizia*, non essere trattato con *imparzialit *, con *equit *, da parte dei giudici dello Stato della residenza attuale del minore. L'autore di un trasferimento illecito reagisce spesso a ci  che percepisce come un'*ingiustizia* – ad un «sistema» che percepisce come ingiusto – a mezzo di una *contro-ingiustizia*, un'*ingiustizia eguale e contraria*, giustificata ai suoi occhi da quella prima ingiustizia, e destinata a neutralizzare quella prima ingiustizia. Come

⁶¹ Anche il tribunale competente in secondo grado dovrebbe essere transnazionale, a differenza di quanto avviene per lo pi  nell'arbitrato commerciale, in cui il gravame viene proposto dinanzi ad una corte mono-nazionale, in genere la Corte d'appello della sede (come in Italia) o la Corte suprema del Paese della sede dell'arbitrato (come in Svizzera) – vi   ci  un *ritorno alla mono-nazionalit * del giudicante in grado d'appello. Cfr. invece, in passato, la gloriosa «Corte d'appello mista» («*Cour d'appel mixte*»), con sede ad Alessandria d'Egitto (*supra*, nota 4), oggi il «comitato *ad hoc*» di tre membri nel sistema dei tribunali in materia d'investimento sotto l'egida dell'ICSID, o il tribunale d'appello previsto dall'articolo 8.28 dell'Accordo commerciale ed economico globale fra l'Unione Europea e il Canada («CETA»), *supra*, nota 1) e domani – probabilmente – la Corte d'appello in seno al Tribunale europeo unificato dei brevetti, con sede a Lussemburgo: tutti tribunali d'appello a composizione multi-nazionale.

ricorda Giuseppe Chiovenda, il fondamento del patto sociale, che si concreta nella rinuncia di ciascuno al diritto di farsi giustizia da sé, non vale se non nella misura in cui il cittadino si vede offrire, nel contempo, l'accesso alla giustizia pubblica⁶². Se la garanzia di un giudice imparziale ed indipendente – di una giustizia *super partes* – viene negata, la rinuncia a farsi giustizia da sé smarrisce la sua «contropartita», e dunque la sua giustificazione.

La signora Sneersone voleva probabilmente *evitare* di avere a che fare con una giustizia *mono-nazionale*, «italo-romana». Avvertiva che il tribunale di Roma che esercita la giustizia in nome della «Repubblica italiana», poteva non essere *super partes*, che rischiava di essere «di parte», e che, in ogni caso, poteva non disporre dell'«altezza di visuale», della *hauteur de vue* necessaria per pronunciarsi con cognizione di causa circa un contenzioso in cui le due collettività «concorrenti», italiana e lettone, potevano avere «interesse» in causa e quindi potevano essere *parti in causa*: parti *sussidiarie*, abbiamo detto. E perché il signor Campanella non ha accettato di sottoporsi ad una procedura in Lettonia ma ha fatto di tutto perché il giudizio si svolgesse in Italia? Si è probabilmente detto: «Ho poche *chances* di spuntarla – contro una madre *lettone* – davanti ad un *tribunale lettone*», che amministra la giustizia «*In nome della Repubblica di Lettonia*», per conto e nell'interesse di essa. Ed i fatti gli hanno dato ragione. Isabelle Neulinger, ha, sin dall'inizio del colloquio che ci ha gentilmente concesso⁶³, chiarito ciò che invero già sospettavo: cioè che il tribunale israeliano cui si era rivolta aveva mostrato, sin dalle prime battute del giudizio, di «parteggiare», se non per il padre, israeliano, e ebreo ultra-praticante, quanto meno per il «lato» israeliano. E che, in ragione anche della volontà di espansione demografica promossa dal governo d'Israele, non avrebbe mai autorizzato la madre di un bimbo israeliano figlio di un padre israeliano a lasciare Israele e trasferirsi con il figlio all'estero contro la volontà del padre. Di qui ha preso a maturare il desiderio, ed il piano, di sfuggire alla giustizia israeliana da lei percepita come «di parte», e cioè come incapace di giudicare davvero, di statuire con serenità sulla richiesta di autorizzazione del trasferimento di residenza del bimbo da Israele verso la Svizzera.

⁶² CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Napoli, 1933, n. 12, citato da GUINCHARD, CHAINAIS, FERRAND, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*³⁰, Paris, 2010, n. 77.

⁶³ *Supra*, par. 5 e nota 31.

Se si fa evolvere la *mono-nazionalità* del tribunale verso una *bi-nazionalità* – od una *europèità* all'interno dell'Unione Europea – il rischio di parzialità, e la percezione del rischio di parzialità, dovrebbero ridursi. Uno degli incentivi alla sottrazione internazionale di minori verrebbe allora alquanto ridimensionato. La signora Sneersone avrebbe avuto minor motivo di trasferire unilateralmente Marko da Roma a Riga se avesse potuto sin dall'inizio fare assegnamento su un tribunale *italo-lettone* in cui la componente lettone sarebbe stata rappresentata *in modo paritario*, o su un tribunale europeo a composizione multi-nazionale⁶⁴, cui avrebbe potuto rivolgersi per richiedere il permesso di rientrare con Marko nel suo Paese d'origine. Lo stesso è a dirsi di Doris Povse e di Isabelle Neulinger – come l'una e l'altra hanno candidamente ammesso nel corso delle interviste cui già ho accennato – se fosse loro stato riconosciuto il diritto di richiedere, rispettivamente, ad un tribunale italo-austriaco (od un tribunale europeo) e ad un tribunale elvetico-israeliano la «*relocation*», rispettivamente, dall'Italia all'Austria e da Israele alla Svizzera. Mi permetto di insistere: la semplice *garanzia* del beneficio di un tribunale bi-nazionale, multilaterale, promette di ridurre il numero di sottrazioni perché sopprime uno degli stimoli a tali sottrazioni. Nella misura in cui la sottrazione concreta una *contro-ingiustizia* che reagisce alla percezione di un'*ingiustizia anteriore* – l'assenza di un *tribunale equidistante* dai genitori e dalle collettività coinvolte e che dia davvero garanzia di neutralità, di «superparzialità», di multilateralità –, se si elimina quella prima ingiustizia, lavorando alla radice del problema, si può sperare di esorcizzare lo spettro di quella seconda, susseguente (*contro-*) *ingiustizia*.

Non si tratta, ben inteso, di sperare di irrealisticamente eliminare i «trasferimenti» o «mancati rientri» illeciti, ma di prevenirne un certo numero. Il che è l'obiettivo primario perseguito dalla Convenzione dell'Aja del 1980 – dagli Stati che lo hanno ratificata, compresi l'Italia e la Lettonia. È certo illusorio pensare di eliminare del tutto gli incidenti stradali, ma ciò non toglie che i pubblici poteri abbiano il dovere di cercare di ridurre il numero e la gravità. I costi indotti da sottrazioni internazionali di minori e sopportati dai contribuenti dell'uno e dell'altro Stato danno il capogiro. Non è raro che *cinquanta* e più persone si attivino nell'uno e nell'altro Stato – personale dei tribunali, civili e penali, delle autorità centrali, dei servizi sociali di protezione

⁶⁴ Quale il costituendo (e in realtà pressoché costituito) Tribunale europeo unificato dei brevetti.

dell'infanzia, nazionali ed internazionali (quali il Servizio sociale internazionale), della polizia statale, di Interpol, delle ambasciate e dei consolati, del pubblico ministero, e poi ancora curatori, avvocati, senza contare medici, psicologi, psichiatri – per cercarne di neutralizzare le conseguenze, spesso invano⁶⁵.

11. Non solo. Ho già segnalato che il timore di una sottrazione internazionale, ed il timore che, nel caso di sottrazione, lo «Stato-rifugio» non disporrà il rimpatrio del minore, ma «ratificherà» il risultato dello spostamento illecito, «legalizzando» dal suo punto di vista la nuova residenza del minore sul proprio territorio, conducono, in un certo numero di casi, il tribunale mono-nazionale dello Stato in cui il minore si trova, ed in cui risiede il genitore cui le autorità di tale Stato accordano l'affido, a vietare al minore di uscire dal territorio di tale Stato. È – si ricorderà – quanto successo a Naël: paventando un non-rientro in Svizzera se autorizzato a soggiornare in Libano con il padre durante le vacanze scolastiche, il giudice svizzero gli ha ritirato il passaporto impedendo un tale soggiorno. Senonché il divieto di espatrio restringe gravemente al minore incolpevole la libertà di movimento multi-nazionale, «congelandone» il diritto di recarsi nel suo Paese, o in uno dei suoi due Paesi, e rendere visita in tale Paese all'altro genitore che vi risiede, e alla parte della sua famiglia – nonni, zii, cugini – che pure vi risiede. Conseguenza – lo ho già rilevato – in sé contraria alla Convenzione dei diritti del fanciullo del 1989 e, nell'Unione Europea, al principio fondativo della libertà intra-europea di circolazione delle persone. E conseguenza spesso vissuta come *ingiusta* da parte del genitore e della di lui famiglia

⁶⁵ Il 9 e il 10 maggio 2019 si è tenuta all'Università Saint Louis di Bruxelles una conferenza su «Rapt parental d'enfants en situation transnationale. Les nouveaux confins du droit» – «Parental Child Abduction in Transnational Context. The New Boundaries of the Legal Field». Qualche giorno dopo, un alto funzionario del Servizio sociale internazionale, presente alla conferenza, mi ha scritto così: «Devant le fiasco de beaucoup de procédures de retour en application de la CLaH 1980 discutées pendant ces deux jours, j'y ai en passant expliqué ton idée (si je l'ai bien comprise et fidèlement reproduite, j'espère) de tribunaux binationaux et y ai cité ton nom en tant qu'auteur de cette proposition novatrice. L'accueil des participants (professeurs de droit, de sociologie, de politologie, juges, médiateurs) a été presque enthousiaste devant ce concept. J'ai les coordonnées de contact de ces personnes au cas où tu voudrais leur transmettre plus d'information à ce sujet ou les associer autrement à ce projet novateur. Je trouverais vraiment nécessaire que cette idée fasse son chemin, de l'académie vers le policy-level et le law-making (politiciens)».

che la subiscono, e talvolta dal minore stesso. Una tale ingiustizia, la percezione di essa, trova la sua giustificazione, agli occhi dello Stato che ricorre alla misura estrema che la comporta, nella volontà di combattere, prevenendola, la *contro-ingiustizia* che rappresenterebbe, nella prospettiva di tale Stato, la sottrazione del minore verso l'«altro» Stato coinvolto. Si tratta insomma – se mi si passa la logomachia – di una *contro-contro-ingiustizia*, di misura adottata per neutralizzare la minaccia di quella contro-ingiustizia che costituisce la sottrazione, la quale a sua volta reagisce alla percezione dell'iniquità originaria, l'assenza di un tribunale equidistante dalle parti e *super partes* rispetto alle due collettività interessate. L'accesso ad un tribunale bi-nazionale, multilaterale, eliminando in radice quella *prima* iniquità, elimina l'incentivo alla sottrazione internazionale, cioè l'incentivo alla *seconda* ingiustizia, e di conseguenza sopprime pure la tentazione alla pronuncia del divieto di espatrio, cioè lo stimolo alla *terza* ingiustizia.

Per esemplificare, se i genitori di Naël possono, sin dall'inizio, l'uno e l'altro contare su un tribunale elvetico-libanese, sia che Naël si trovi in Svizzera sia che si trovi in Libano, il tribunale elvetico-libanese, adito dalla madre in Svizzera – dove si trova l'ultima residenza abituale di Naël – non avrà il più delle volte motivo, anche soltanto quale misura provvisoria, di ritirargli il passaporto impedendogli di recarsi in Libano e rendere visita al padre ed ai nonni paterni e materni. Qualora infatti il padre si arrischiasse a non riportarlo in Svizzera, sarà *quello stesso tribunale elvetico-libanese*, egualmente composto⁶⁶ – e non un tribunale integralmente libanese – a dovere reagire, e gli ordinerà, per essere coerente con la decisione anteriore da lui stessa pronunciata, di ricondurvelo, eventualmente sanzionandone il comportamento. Poiché l'eventualità che il Libano «ratifichi» la nuova residenza abituale del minore presso il padre in Libano è dunque in principio trascurabile, l'ultima parola spettando a quello stesso tribunale elvetico-libanese che ha per ipotesi fissato la residenza di Naël a Ginevra, il rischio di sottrazione da parte del padre è pure trascurabile⁶⁷. Sicché la misura

⁶⁶ A meno che, nel frattempo, uno dei membri non sia venuto a mancare per decesso o malattia od altra ragione.

⁶⁷ Per dirla altrimenti: il genitore che si risolve a sottrarre il proprio figlio all'altro genitore è spesso motivato dal mutamento, che la sottrazione provoca, della composizione e nazionalità del tribunale nella cui *orbita territoriale* il minore viene a trovarsi e che, pertanto, detiene l'ultima parola. Il trasferimento del minore dal territorio sovrano dello Stato A al territorio sovrano Stato B fa sì che la sorte del minore sia a sua volta trasferita dalle mani dei giudici dello Stato sovrano A nelle mani dei giudici dello Stato

estrema del divieto di espatrio diventa largamente inutile, ed intollerabilmente sproporzionata, e non vi è ragione di adottarla. A tutto vantaggio di Naël, e dell'effettività del suo diritto di mantenere contatti *diretti* con entrambi i genitori, e con entrambe le famiglie, e di continuare a coltivare la componente libanese, che definisce la sua identità, e del suo diritto di avere non solo una residenza *principale* in Svizzera presso la madre, ma anche una residenza *secondaria* in Libano presso il padre.

Notiamo che la catena delle iniquità provocata dal regime attuale – che non lascia agli interessati altra scelta se non di rivolgersi a tribunali mono-statali – annovera un anello ulteriore. Una volta che lo «Stato-rifugio» abbia dato il suo *placet* al non-rientro del minore e lo abbia affidato al genitore che l'ha sottratto, «legalizzando» *a posteriori* la sottrazione, e la nuova residenza del minore, quest'ultimo avrà d'ora in poi difficoltà a rientrare e soggiornare, anche solo per qualche giorno, nello Stato della sua residenza anteriore al fine di mantenere contatti con il genitore «lasciato indietro» («*left behind*»), che il più delle volte continua a risiedervi. Spesso, infatti, per quello Stato, il trasferimento resta illegale anche se lo Stato-rifugio l'ha successivamente «sanato». Sicché il genitore «lasciato indietro» seguita ad avere, dal punto di vista di quello Stato, il diritto di affido e può lecitamente «trattenere» il minore che venga a trovarsi di nuovo nella sua orbita territoriale. Per premunirsi contro l'eventualità di un non-rientro, lo Stato-rifugio è allora tentato di impedire al minore, o di permettere al genitore che l'ha sottratto di impedire al minore, di rimettere piede nel territorio dello Stato in cui risiedeva anteriormente. Nuova impossibilità di espatrio, ma in senso inverso.

Si pensi ancora una volta al caso di Noam Shuruk. In un primo

sovrano B, dall'orbita territoriale su cui si esercita la competenza degli organi dello Stato A all'orbita territoriale su cui si esercita la competenza degli organi dello Stato B. Il genitore spesso, si è detto, percepisce i giudici dello Stato A come *ostili* e i giudici dello Stato B come potenziali *alleati*. Se però lo spostamento del minore da A a B diviene *influyente* sulla composizione del tribunale che ha in mano le sorti del figlio – sempre si tratterà di tribunale che annovera membri di A e membri di B (tendenzialmente, gli *stessi* membri), sia che il figlio si trovi sul territorio di A sia che si trovi sul territorio di B – dovrebbero svanire (o scemare grandemente), nella psiche del genitore *potenziale* «sottrattore», sia il timore di avere a che fare nello Stato A con giudici *ostili* sia la speranza di avere a che fare, nello Stato B, con giudici *alleati*. Sicché è lecito prevedere che la sottrazione rimarrà in un buon numero di casi in *potenza*, non sarà, da lui o lei, recata in *atto*. È ciò cui aspira l'attività di *prevenzione*.

tempo, Israele ha proibito alla madre, Isabelle Neulinger, di recarsi con Noam all'estero, segnatamente in Svizzera, per timore che, una volta in Svizzera, non avrebbe più fatto rientro in Israele, dove risiedeva il padre. *Primo divieto di espatrio*, da Israele verso la Svizzera. La madre riesce nondimeno a portarlo con sé a Losanna eludendo l'ordine del giudice di Tel Aviv e la sorveglianza delle autorità israeliane. Il rimpatrio di Noam in Israele richiesto dal padre non viene disposto dalle autorità svizzere, a seguito dell'intervento della *Grande chambre* della Corte di Strasburgo che ritiene che tale rimpatrio sarebbe contrario ai diritti umani. Noam, dal momento in cui ha messo piede in Svizzera, cioè da quando aveva due anni – oggi ne ha quindici: cioè da ben tredici anni⁶⁸ – non ha in pratica mai più potuto soggiornare non foss'altro che per qualche giorno in Israele, che pur rimane la sua «patria», il suo «*Vaterland*», e rivedere in Israele il padre di cui porta il cognome, Shuruk, e la famiglia paterna. Il fatto è che, per Israele, il trasferimento in Svizzera era e rimane illecito, anche se la Svizzera lo ha convalidato. Se dunque Noam capitasse su territorio israeliano, la polizia – per citare Isabelle Neulinger – «*non lo lascerebbe scappare una seconda volta*», cioè potrebbe proibirgli di ritornare in Svizzera presso la madre in ottemperanza ad una decisione israeliana che è ancora in vigore⁶⁹. Di qui il *secondo divieto di espatrio*, in senso inverso, dalla Svizzera verso Israele, per scongiurare un *terzo divieto di espatrio*, di nuovo da Israele verso la Svizzera. Rimane il fatto che questo secondo divieto di espatrio pure concreta in sé un'ingiustizia, nei confronti di Noam e nei confronti del padre. Nuova violazione – che perdura tutt'ora – dei diritti di Noam quali consacrati dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989. Il semplice fatto che gli interessati possano adire un tribunale elvetico-israeliano dovrebbe evitare, come il primo divieto di espatrio, da Israele in Svizzera, così anche lo spettro di un secondo divieto di espatrio, dalla Svizzera ad Israele, e logicamente anche di un terzo divieto di espatrio, da Israele in Svizzera. Poiché la decisione circa la responsabilità genitoriale e diritti di affidamento sarà unica e «bi-nazionale», ed avrà dunque in principio efficacia «bi-territoriale», Noam non dovrebbe più correre il rischio di un disaccordo interstatale fra la Svizzera, che dice: «*La tua residenza legit-*

⁶⁸ Noam è nato il 10 giugno 2003, la madre ha lasciato il territorio israeliano, portandolo con sé, il 24 giugno 2005.

⁶⁹ E se la madre, che ha anche la cittadinanza israeliana (oltre a quella svizzera e quella belga), capitasse su territorio israeliano, è passibile di una pena severa in Israele per sottrazione di minore e disobbedienza ad un tribunale israeliano.

*tima è (d'ora in poi) in Svizzera» ed Israele, che dice: «La tua residenza legittima è e continua ad essere in Israele». Nessun bisogno di impedire ad un minore bi-nazionale di madre svizzera e di padre israeliano, «figlio» dell'uno e dell'altro Stato, l'esercizio del diritto di viaggiare liberamente – se necessario dovutamente accompagnato, s'intende – tra la sua «madre-patria», la Svizzera, e il suo *Vaterland*, Israele, tra la residenza della madre a Losanna e la residenza del padre a Tel Aviv. Diritto che la Svizzera e Israele, a causa della loro incapacità di mettersi d'accordo, hanno violato per tredici anni, cioè per quasi tutta la vita di Noam, ormai adolescente, e che violano tutt'ora.*

12. Ma vi è ancora di più. La garanzia di un tribunale multilaterale è suscettibile non solo di ridurre le sottrazioni di minori ma, più in generale, di ridurre, o stemperare, i conflitti transfrontalieri. Il fatto che i tribunali mono-nazionali siano gli unici a disposizione dei membri di famiglie transnazionali funge da stimolo alla litigiosità, alla «giudiziarizzazione» dei disaccordi. Il *timore* di perdere la «corsa al giudice» («*race to the courthouse*») e di essere svantaggiati nella determinazione della residenza futura del minore, da un lato, e, dall'altro, la *speranza* di ottenere una maggior benevolenza dal giudice mono-nazionale della propria residenza e cittadinanza, conducono i genitori ad una *rapida giudiziariazione* del loro dissenso. Incentivo alla *corsa al giudice*. Un disaccordo che poteva riassorbirsi mediante il dialogo o una mediazione si acuisce quando si coinvolgono avvocati. Specie quando il foro è scelto da chi lo ha adito al fine di ottenere un vantaggio che l'altro genitore è portato a ritenere iniquo. Gli animi si inveleniscono. I genitori, da *partners* di un progetto educativo comune, si mutano in *avversari*. La crisi si radicalizza. Per riequilibrare la situazione, il genitore convenuto adisce l'altro giudice mono-nazionale, o si oppone presso quest'ultimo al riconoscimento della decisione, che ritiene irrimediabilmente inficiata da parzialità e dunque ingiusta, resa dal giudice adito dall'avversario. Le procedure *si moltiplicano*. La guerra vive un'*escalation* quanto all'intensità, quanto ai costi, quanto alla durata, quanto agli strascichi che lascerà, inevitabilmente. Il primo giudice adito sarà talvolta tentato di pronunciare un divieto di espatrio. Il che accresce il senso di ingiustizia del genitore vittima. Ed il desiderio di farsi giustizia da sé.

Se si offre l'accesso ad un tribunale bi-nazionale, in cui i due genitori sono rappresentati in modo paritario, in cui le due identità geografiche, culturali, linguistiche, talvolta religiose del minore e della famiglia

sono rappresentate in modo paritario, non vi è più né il meccanismo «premiabile» per chi assume l'iniziativa giudiziaria per primo, né la *penalizzazione* di chi cerca di riannodare il dialogo cercando una soluzione pacifica. La *giudiziarizzazione* del conflitto in certi casi rimarrà *virtuale*: la lite vuoi non insorge vuoi viene composta amichevolmente. Meno processi, meno conflittualità, più casi in cui i genitori trovano un compromesso, senza portare la questione davanti al giudice transnazionale – o chiedendo al giudice semplicemente l'omologazione di tale accordo –, senza mettere in moto macchine giudiziarie costose per tutti, senza infliggere ai figli ed a loro stessi anni di lotte che spesso si rilevano tanto accanite quanto autodistruttive. La multi-nazionalità del tribunale lavora innanzitutto alla *prevenzione* delle liti, che è il primo obiettivo del diritto privato. A tutto vantaggio del minore, dei genitori coinvolti e delle collettività interessate.

Come ricordava Pierre Lalive, lo scopo primo che hanno di mira due parti quando negoziano una clausola d'arbitrato internazionale – quando prevedono insieme un meccanismo di composizione e nomina del tribunale competente che ne garantisca «supernazionalità» ed equidistanza – è quello di *diminuire le probabilità di lite* fra loro. Prevenendo il «conflitto di giurisdizioni», disincentivando la corsa verso il foro, il «*forum shopping*». La prima funzione del meccanismo che assicura a ciascuno l'accesso ad un tribunale transnazionale è *pacificatrice e deconflittualizzatrice*: ridurre i conflitti ed incoraggiare le parti a provare a superare da sé i dissidi. John Fitzgerald Kennedy non diceva forse, al colmo della guerra fredda, che «*soltanto quando le nostre armi saranno forti al di là di ogni dubbio, saremo sicuri al di là di ogni dubbio che non dovremo mai impiegarle?*»⁷⁰. Ricordiamo anche, e con maggior pertinenza, la massima iscritta sulla facciata del Palazzo della Pace all'Aja: «*se vuoi la pace, coltiva la giustizia*» («*si vis pacem, cole iustitiam*»)⁷¹. Se le collettività statali desiderano assicurare la pace al maggior numero possibile dei loro membri che formano le famiglie transnazionali, devono coltivare la giustizia. E la ricerca della giustizia, in un campo caratterizzato da una dimensione interstatale sussidiaria latente dei potenziali

⁷⁰ «For only when our arms are sufficient beyond doubt can we be certain beyond doubt that they will never be employed»: discorso d'insediamento pronunciato il 20 gennaio 1961 a Washington.

⁷¹ Una tale massima è iscritta sulla prima pietra dell'edificio ginevrino che ospita la sede dell'Organizzazione mondiale del lavoro, laureata del Premio Nobel per la pace nel 1969.

conflitti intra-familiari e inter-genitoriali, esige la creazione di un regime d'amministrazione della giustizia che sia sovra-statale, multilaterale, multi-nazionale, indipendente – o egualmente dipendente – dagli Stati co-interessati, equidistante, federatore, inclusivo.

13. Lo schema di base organizzato dalla Convenzione dell'Aja del 1996, in vigore in un po' meno di un quarto dei Paesi del mondo (49), e seguito dal regolamento Bruxelles II-*bis* che ha corso in 27 Paesi dell'Unione Europea, vede bensì, come è logico e naturale, coinvolti nel processo decisionale circa la sorte del minore bi-nazionale i due (o più) Stati interessati. Ciascuno di tali Stati, tipicamente gli Stati di residenza dei due genitori, ciascuno dei quali è candidato a «ricevere» la residenza futura, post-separazione, del minore bi-nazionale, ha «voce in capitolo», ha il potere di partecipare alla determinazione del regime di affido e di visita. Senonché i giudici di tali due Stati non si pronunciano *insieme*, nel *medesimo tempo*, congiuntamente e collegialmente, in seno ad un organismo bi-nazionale, *multilaterale*, e mediante una sola decisione comune, ma *disgiuntamente*, ed *unilateralmente*, ciascuno per conto proprio, mediante decisioni mono-nazionali, rese in *momenti diversi*. Lo Stato A si pronuncia in sede d'istanza *diretta* e, se ritiene che l'ultima residenza abituale del minore vi si trovi, afferma e esercita la competenza, fissando appunto la residenza futura del minore. Lo Stato B si pronuncia per lo più *successivamente*, in sede dapprima d'istanza *indiretta*, cioè in sede di riconoscimento, cioè si pronuncia sull'operato dello Stato A. Ed ha il potere di non riconoscere la decisione del primo in forza di uno dei motivi legittimi di rifiuto, di cui il primo riguarda l'ordine pubblico mono-nazionale⁷². Lo Stato B può pronunciarsi egualmente in istanza *diretta*, a seguito per esempio del non riconoscimento B della decisione dello Stato A o – quanto meno in seno alla Convenzione dell'Aja – a seguito della sottrazione del minore dallo Stato A allo Stato B se lo Stato B non dispone il rimpatrio ai sensi della Convenzione dell'Aja del 1980, come è avvenuto nel caso di Marko. Insomma, prima si pronuncia l'uno, secondo la sua propria visione, mono-nazionale, e dunque «parziale». Poi si pronuncia l'altro, secondo la sua propria visione, mono-nazionale, egualmente «parziale». Poiché si pronunciano ciascuno per conto proprio e in momenti diversi, i due

⁷² Rispettivamente art. 23 della Convenzione dell'Aja del 1996 e art. 23 del regolamento Bruxelles II-*bis*.

Stati, e le due «parzialità», possono esprimersi in senso *contrario* e dar vita ad un *conflitto di decisioni* che apre la via all'anarchia di cui si è detto nella vita internazionale del minore e della famiglia.

Perché allora non procurare che gli organi giudiziari quali rappresentanti delle due collettività interessate operino *congiuntamente*, anziché in maniera disgiunta, *insieme* anziché ciascuno per conto proprio, *multilateralmente* anziché unilateralmente? Si tratterebbe semplicemente di riunire in un unico tribunale bi-nazionale, multilaterale, i giudici che oggi hanno il potere di pronunciarsi disgiuntamente in seno a tribunali mono-nazionali diversi, e consentire e prescrivere loro di lavorare *collegialmente*. Si avrebbe una sola procedura di prima istanza, e non due. Una sola procedura d'appello, e non due. Una sola decisione che vale bi-nazionalmente, cioè che spiega efficacia bi-territoriale. La sola davvero in grado di crescere in «giudicato», la sola davvero in grado di creare diritti soggettivi ed obblighi nella sfera degli esseri umani che vivono bi-territorialmente. Anziché due pseudo-decisioni che valgono mono-territorialmente e che, contraddittorie l'una con l'altra, non decidono in realtà un bel nulla, ma danno vita a conflitti di diritti soggettivi d'affido e di visita, che segnano la negazione dei diritti soggettivi.

Si noti che il rischio di disaccordo interstatale sulla sorte di un minore bi-nazionale potrebbe, in seno all'Unione Europea, essere più frequente ancora se la nuova versione del regolamento Bruxelles II-*bis* tutt'ora in cantiere dovesse – come è possibile – eliminare la assai controversa prevalenza, prescritta dall'art. 11, 8° comma, della decisione dello Stato A della residenza abituale del minore anteriormente alla sottrazione, e l'obbligo per lo Stato B verso cui il minore è stato trasferito di riconoscere tale decisione e di procurare in definitiva il ritorno nello Stato A del minore che quest'ultima abbia affidato al genitore residente nello Stato A⁷³. Riprendiamo il caso di Marko provando ad immaginare le conseguenze di una tale modifica. Se la signora Sneersone si trasferisce in Lettonia con il figlio senza il consenso del signor Campanella, e se il giudice lettone ratifica il risultato di questa manovra unilaterale rigettando l'azione di rimpatrio promossa dal padre – motivando ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1980 –, una successiva decisione del giudice di Roma che affidasse il minore al padre non dovrà più essere obbligatoriamente messa in opera dal giudice lettone. Perché – viene fatto di

⁷³ «Nonostante l'emanazione di un provvedimento contro il ritorno in base all'art. 13 della convenzione dell'Aja del 1980, una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento è esecutiva conformemente alla sezione 4 del capo III, allo scopo di assicurare il ritorno del minore».

chiedersi – si medita di sopprimere un tale obbligo? Perché come rilevato, fra gli altri, dai casi *Povse* e *Sneersone*, un tale obbligo ha suscitato fiere resistenze, quando non ammutinamenti, da parte dei giudici nazionali, che hanno appunto cercato di «scantonare». E perché ha suscitato resistenze? Perché non pare conforme a giustizia che il giudice italiano mono-nazionale abbia l'ultima parola, che la Lettonia sia *vincolata* dalla decisione italiana mono-statale, quando sono coinvolte la collettività italiana e la collettività lettone, l'una e l'altra candidate ad accogliere la residenza principale di Marko, minore italo-lettone la cui madre risiede in Lettonia e il cui padre risiede in Italia e di cui ciascun genitore pretende che il figlio viva presso di sé, in Lettonia la madre e in Italia il padre. Senonché, sarebbe parimente inaccettabile obbligare l'Italia, tanto più in seguito ad una sottrazione italo-lettone non autorizzata, a riconoscere la decisione lettone che affida Marko alla madre e di cui fissa la residenza in Lettonia, pronunciata successivamente alla decisione lettone che ha rigettato la richiesta di ritorno immediato del bimbo. Ma se vi è probabilità che il giudice italiano non riconosca la decisione lettone resa successivamente alla sottrazione, la Lettonia sarà condotta a negare a Marko il diritto di recarsi in Italia e al padre il diritto di esercitare il diritto di visita in Italia. Conseguenza contraria agli obblighi internazionali risultanti dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 che incombono a pressoché tutti gli Stati del mondo, Italia e Lettonia comprese. E contraria agli obblighi assunti dalla Lettonia nei confronti dell'Italia circa il diritto alla libertà di circolazione previsto dal Trattato sull'Unione Europea. Marko, che è anche cittadino *italiano*, si trova di fronte ad un divieto di circolare *in Italia* pronunciato da un altro Stato membro, senza che nulla gli sia imputabile... E prima ancora, se vi è la probabilità che la signora Sneersone non riporti Marko in Italia avvalendosi del *placet* delle autorità lettoni qualora Marko venga autorizzato a recarsi in Lettonia per passare qualche giorno con la madre e la famiglia materna, il giudice italiano può essere tentato di impedire a Marko di recarsi in Lettonia. Ciò che è in identica misura inaccettabile.

Riassumendo, come non è giusto obbligare la Lettonia a piegarsi ai *diktat* dell'Italia, così non è giusto obbligare l'Italia a piegarsi ai *diktat* della Lettonia. Ma se ciascuno Stato può fare di testa propria, il disaccordo interstatale continua ad essere possibile. A tutto danno del minore, dei genitori, delle collettività interessate.

14. Penso, in conclusione, che aprire alle famiglie la cui vita si dis-

piega transterritorialmente l'accesso a tribunali pure transnazionali significa incamminarsi sulla via del progresso⁷⁴. E contribuire a rende-

⁷⁴ Alla luce di quanto detto, è opportuno che la procedura dinanzi ai tribunali transnazionali possa essere promossa non solo dai genitori di comune accordo, o da uno di essi in forza di un accordo anteriore, ma anche da *un solo genitore* ed in assenza di previo accordo, ed anche dal *minore*. Il diritto di adirli dovrebbe dunque spettare a ciascuno *disgiuntamente*, un po' come, negli Stati Uniti, l'accesso ai tribunali federali in caso di «*diversity jurisdiction*» dipende dalla volontà dell'uno o dell'altro litigante. Ricordo, quanto all'iniziativa del minore, che il terzo Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989, entrato in vigore nell'aprile 2014, gli consente di adire il Comitato delle Nazioni Unite rivolgendo «reclami» relativi a violazioni commesse dagli Stati che vi hanno aderito ai suoi diritti soggettivi riconosciuti dalla Convenzione. La situazione in cui si sono trovati Naël L. e Marko Campanella, Noam Shuruk e Sofia Povse è incompatibile – lo abbiamo rilevato: note 14 et 41 – con diversi di tali diritti. Se è sufficiente, per attivarlo, la volontà di *una parte individuale* (per opposto a *statale*), un tale meccanismo di risoluzione della controversia non pare per ciò stesso fuoriuscire dal girone dell'arbitrato: da un lato, l'arbitrato detto «obbligatorio» è talvolta una realtà, per esempio in ambito *sportivo*, ma anche in materia successoria qualora sia voluto dal solo *de cuius* e vincoli i suoi aventi causa; dall'altro, e soprattutto, se si ha a mente la dimensione *interstatale*, certo sussidiaria, del contenzioso circa il minore transnazionale, il principio del *consensualismo* – che si è soliti ritenere consustanziale all'arbitrato – sarebbe nondimeno rispettato nella misura in cui il meccanismo in questione venga concordato dagli Stati potenzialmente in conflitto fra di loro quanto alla sorte del minore – e che sono dunque *parti statali sussidiarie* – e che ciascuno di essi presti, in anticipo, il suo *consenso* a sottoporvisi a condizione che uno dei genitori o il minore ne faccia richiesta. Si tratterebbe, cioè, di una specie di *bilateralizzazione* del meccanismo di risoluzione delle controversie che si ritrova nei trattati bilaterali di investimento, una specie di *offerta «reciproca» e «incrociata» d'arbitrato* che gli Stati contraenti si rivolgono vicendevolmente. La Svizzera ed il Libano potrebbero, per esempio, lo si è visto, far evolvere la «commissione mista» di cui all'accordo elvetico-libanese del 2006 in un «tribunale misto» che i due Stati si impegnerebbero a formare – e di cui i due Stati si impegnerebbero a rispettare e mettere in opera sui loro territori rispettivi le decisioni – qualora uno dei genitori o il minore dovesse esprimere il desiderio che la lite sia risolta da un tale tribunale (*supra*, nota 40). Penso tuttavia che sia bene non fermarsi alla superficie delle cose e alle etichette – «*questo è arbitrato, questo non è arbitrato*» – che, occultando peraltro la diversificazione dei modi della giustizia arbitrale, impediscono di scorgere l'essenziale. E l'essenziale è qui che gli esseri umani – genitori e minore – parti di una relazione che si dispiega bi-territorialmente o multi-territorialmente possano fare assegnamento su un tribunale neutro, equidistante, a composizione multi-nazionale, e di veduta multilaterale, che renda giustizia in nome delle due o più collettività interessate – e non di una sola – e che sia legittimato, per ciò stesso, a pronunciare una decisione con efficacia direttamente bi-territoriale o multi-territoriale, cioè co-estensiva allo spazio in cui si dispiega la vita di tali esseri umani. La denominazione di tale tribunale è questione in definitiva secondaria. E occorre, evidentemente, evitare che, nel mentre che gli specialisti, la cui attività è spesso finanziata dai contribuenti, dibattono con sottigliezza –

re il mondo in cui viviamo più giusto, più pacifico, più prospero. È conforme all'interesse ben compreso dei minori, dei genitori, degli Stati intesi sia come collettività statali sia come insieme dei loro organi incaricati di promuovere il benessere materiale e spirituale di tali collettività. La categoria dei minori legati a due o più collettività nazionali e la cui vita è destinata a dispiegarsi sui territori di più Stati – come Naël, Marko, Noam, Sofia, Matilde – non cesserà di crescere. Negare loro, e ai loro genitori, il diritto ad un tribunale «inclusivo», multilaterale, equidistante dalle parti, che offra pertanto a tutti maggiori garanzie di equità, un tribunale che sia indipendente – o dipendente in misura eguale – dalle collettività nazionali interessate, che integri la duplicità, la varietà e

fino ad accapigliarsi – circa fin dove si estenda il giudiziario e a partire da dove cominci l'arbitrale, minori transnazionali continuano ad essere amputati di una parte della loro identità e della loro storia a causa dei disaccordi fra gli Stati di cui sono figli («*enfant des deux pays*»), che genitori siano allontanati di forza dai loro figli o vivano in stato di angoscia semi-permanente, che i contribuenti dell'uno e dell'altro Stato paghino milioni e milioni di euro, franchi svizzeri, dollari, sterline libanesi o dinari tunisini per procedure giudiziarie che si neutralizzano reciprocamente e che non servono a nulla se non ad acuire e cristallizzare il conflitto, e che tali contribuenti paghino di nuovo milioni e milioni per trattamenti medici e psicologici di cui necessitano le famiglie straziate da tali disaccordi e da tali procedure. Su scala multilaterale, un ulteriore protocollo alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 potrebbe costituire la sede adatta per prevedere l'accesso a tribunali transnazionali e dettarne la disciplina. Si tratterebbe di un passo ulteriore nella direzione già intrapresa dal terzo protocollo. Il Comitato delle Nazioni Unite, cui il terzo protocollo già oggi assegna una missione quasi-giurisdizionale, potrebbe fungere da tribunale, corte, comitato, commissione, camera – o come la si voglia chiamare – *d'appello multi-nazionale*. Come che ne sia, sarebbe, ritengo, comunque già un progresso offrire, per liti internazionali concernenti l'affido e le relazioni personali, «*relocation*» compresa, l'accesso ad un tribunale internazionale arbitrale in forza del principio classico della volontà delle parti, intese qui come parti *individuali* (per opposto, come detto, a *statali*) – in sostanza i genitori – volontà che potrebbe esprimersi in una clausola arbitrale (inserita per esempio, nel caso di genitori sposati, in una convenzione pre- o post-matrimoniale). Anche se occorrerebbe, s'intende, prevedere una serie di adattamenti alla procedura seguita in materia commerciale. Cfr. KENNETT, *It's Arbitration: But Not As We Know It*, cit. Ci è si è resi conto del fatto che buona parte dei vantaggi, ulteriori rispetto alla neutralità di cui si è già detto (che non è, a propriamente parlare, un vantaggio, ma una caratteristica non negoziabile della giustizia: *supra*, par. 8) che si è soliti ascrivere alla giustizia arbitrale – riservatezza, maggiore informalità e dunque minore solennità, procedure mediamente più brevi, preservazione dei futuri rapporti fra i litiganti – sono particolarmente importanti quando vi è di mezzo un minore? MARCAS-TEL, *Le private judging comme mode alternatif de règlement des différends familiaux*, Maîtrise: Univ. Genève, 2017, archive-ouverte.unige.ch/unige:98841.

la ricchezza delle origini dei membri di tali famiglie, della loro identità culturale, talvolta religiosa, che rispecchi la bi-nazionalità del contesto socio-familiare in cui hanno vissuto e in cui sono chiamati a continuare a vivere, rifiutare di liberarli dalla prigionia dei divieti di espatrio e dai tormenti che derivano da procedure parallele mono-nazionali talvolta infinite, dal braccio di ferro fra lo «Stato della madre» e lo «Stato del padre», che mette a dura prova la salute di tutti, consumando i risparmi dei genitori e sperperando il denaro dei contribuenti, significa dovere – per citare la dedica del Piccolo Principe – presto o tardi *«chiedere loro scusa»*.