

Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione COM (2022) 569

In linea generale la proposta di Regolamento è condivisibile negli obiettivi e appare conforme ai principi di sussidiarietà, proporzionalità e attribuzione. Essa inoltre si pone in linea di continuità con il diritto vivente italiano ed europeo, anche in materie sensibili che chiedono un giudizio di conformità all'ordine pubblico come il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata praticata all'estero.

Condivisione degli obiettivi La proposta palesa l'esigenza di rafforzare i diritti fondamentali dei minori, tra i quali vengono menzionati il diritto all'identità, alla non discriminazione, il diritto alla vita privata e familiare, il diritto alle successioni e il diritto agli alimenti, anche tenuto conto del preminente interesse del minore, insieme all'obiettivo finale di consentire la continuità dello *status* di filiazione acquisito in uno Stato membro. Si tratta di obiettivi del tutto condivisibili e, in assenza di una legislazione interna in materia, completano il quadro di unificazione dello stato unico di figlio anche nelle situazioni transfrontaliere, percorso che l'ordinamento italiano ha già intrapreso con la Riforma della filiazione del 2012 e 2013 che ha applicato il principio costituzionale di uguaglianza al rapporto di filiazione. Al riguardo è da condividere la proposta laddove sottolinea che “il riconoscimento della filiazione deve avvenire **indipendentemente dal modo in cui il figlio è stato concepito o è nato e dal tipo di famiglia da cui proviene**”. La proposta comprende pertanto il riconoscimento della filiazione di un figlio avente genitori dello stesso sesso e anche di un figlio adottato a livello nazionale in uno Stato membro. Del pari condivisibili sono gli altri obiettivi indicati nella proposta di Regolamento: la certezza del diritto e l'esigenza di un risparmio di spesa e degli oneri legali. Le lunghe procedure relative all'accertamento di filiazioni acquisite all'estero mostra un sistema molto incerto e tale incertezza ha delle ripercussioni anche in termini di costi legali delle procedure.

Conformità ai principi di sussidiarietà, di proporzionalità e di attribuzione. La proposta di Regolamento, in mancanza di una legge interna che regoli la materia, si limita a regolare i profili attinenti alle situazioni transfrontaliere, materia la cui competenza è ripartita tra gli Stati membri e l'Unione e che per questo chiede l'applicazione di una procedura particolare, quale è indicata all'art. 81.3. del TFUE. Gli Stati membri conservano la competenza in materia di diritto sostanziale di famiglia e di accertamento della filiazione.

In particolare l'art. 3, al comma 2 lett. i) prevede che il Regolamento non si applica “ai requisiti legali relativi all'iscrizione della filiazione nel registro di uno Stato membro e agli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione della filiazione nel registro di uno Stato membro”. L'art. 5 prevede espressamente che “il presente regolamento lascia impregiudicata la competenza delle autorità degli Stati membri a trattare questioni di filiazione”. Inoltre gli artt. 2, 22 e 31, fanno salva la clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico. Tale clausola di salvaguardia non è tuttavia prevista in maniera incondizionata ma risulta sempre *funzionalizzata al solo interesse del minore*. Il considerando n. 56 prevede infatti che “alle autorità giurisdizionali o altre autorità competenti non dovrebbe essere consentito di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico per disapplicare la legge di un altro Stato qualora ciò avvenisse in violazione della Carta, in particolare del suo articolo 21 che vieta la discriminazione”. L'art. 31, che disciplina le cause di diniego del riconoscimento, prevede alla lett. a) che “il riconoscimento di una decisione giudiziaria è negato se, **tenuto conto dell'interesse dei figli**, è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro in cui è invocato”.

Ferma la clausola di ordine pubblico che, come accennato, non deve essere utilizzata a fini meramente discriminatori e risulta funzionalizzata alla realizzazione dell'interesse dei figli, la proposta di Regolamento mira all'obiettivo di riconoscere filiazioni avvenute e certificate all'estero, qualunque

sia il modo di instaurazione della filiazione: adozione, azione di stato, PMA e surrogazione di maternità.

La filiazione derivante da maternità surrogata praticata all'estero: convergenza della proposta di Regolamento con il diritto vivente italiano ed europeo. L'impianto della proposta di Regolamento, risulta conforme al diritto vivente italiano ed europeo anche con riferimento a materie sensibili che involgono un giudizio di contrarietà all'ordine pubblico, come il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata. La sensibilità della tematica, già sottolineata dalle relazioni del Ministero dell'Interno e della Giustizia, non conduce in questa proposta di Regolamento alla smentita dei principi del diritto italiano interno, ma ad una loro conferma anche con riferimento al più ampio quadro del diritto vivente europeo. La proposta di Regolamento si pone infatti in piena conformità con il diritto vivente italiano ed europeo che si è orientato nel mantenimento fermo del divieto della maternità surrogata, considerata pratica contraria all'ordine pubblico ma al contempo non ha dimenticato i diritti dei figli nati per violazione del divieto. La composizione di queste due opposte esigenze rappresenta un approdo sia dell'ordinamento italiano che dell'ordinamento europeo. L'ordinamento italiano, come la maggioranza dei Paesi dell'Unione europea, salvo alcune eccezioni, vieta la maternità surrogata e tali divieti sono norme di ordine pubblico. Il divieto, almeno in Italia, ma così è anche per gli altri Paesi d'Europa, è volto a rilevare il disvalore della pratica, considerata pratica lesiva della dignità della donna, dell'istituto dell'adozione e del nato, come espresso più volte dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione a sezioni unite, anche nell'ultima decisione del 30 dicembre scorso, n. 38162. La fermezza nel mantenimento del divieto della maternità surrogata rappresenta una costante dei Paesi membri, anche di quei Paesi che di recente hanno legiferato in materia di procreazione medicalmente assistita, come la Francia. Il divieto, oltre ad essere considerato strumento contrattuale di grave lesione della dignità umana e del soggetto nato, viene considerato strumento di sfruttamento della vulnerabilità femminile e del soggetto nato. Giova sottolineare che le ragioni del divieto non hanno nulla a che fare con l'orientamento sessuale, dato che il divieto si pone indistintamente per tutte le coppie che fanno ricorso a tale pratica, sia esteroaffettive che omoaffettive. Giova altresì sottolineare che la valutazione del disvalore della pratica della maternità surrogata, oltre ad essere condivisa dalla maggioranza dei paesi dell'Unione, è valore condiviso a livello di Unione europea. Basti citare al riguardo la Risoluzione del Parlamento europeo del giugno scorso sui diritti delle donne nella guerra in Ucraina. Al tempo stesso il diritto vivente sia italiano che europeo è volto a non dimenticare i diritti dei figli nati da maternità surrogata, proprio in ragione della esigenza di non violare il principio di uguaglianza e di non creare categorie di figli di serie b solo in considerazione della valutazione del comportamento dei genitori. **La valutazione dell'interesse del minore** non può tuttavia essere condotta in *astratto* ma sempre **in concreto**. L'esigenza di una valutazione in concreto spiega perché la nostra Cassazione a Sezioni Unite nella decisione n. 38162 del 2022 abbia rifiutato la soluzione della iscrizione automatica e ha preferito la soluzione dell'adozione in casi particolari, perché solo questa seconda soluzione e non la prima consente una valutazione del concreto interesse del minore. Il diritto vivente italiano appare in questo senso conforme al diritto vivente europeo. L'orientamento prevalente delle Corti europee non obbliga gli Stati membri ad optare per una determinata soluzione ma pone i soli limiti della valutazione in concreto dell'interesse del minore, oltre che della celerità e dell'efficienza dello strumento prescelto. Il raggiungimento dell'equilibrio tra la conservazione del principio dell'ordine pubblico e la valutazione in concreto del preminente interesse del minore è assicurato dalla proposta di Regolamento che quindi si allinea al diritto vivente nazionale e all'orientamento prevalente del diritto europeo.

Come detto, la clausola di salvaguardia dell'ordine pubblico è infatti *funzionalizzata al reale e concreto interesse del minore*. Essa potrà pertanto essere invocata per negare riconoscimento quando la contrarietà all'ordine pubblico, oltre ad essere manifesta, comporti la lesione di diritti fondamentali del soggetto minore, come per esempio la salute e l'incolumità. La clausola di salvaguardia di ordine pubblico potrà essere invocata quando in una valutazione, da condursi sempre in concreto, non vi siano i presupposti per riconoscere la filiazione, in mancanza dell'esistenza di un rapporto genuino di

affettività tra l'aspirante genitore e il minore. Al riguardo è importante fare riferimento alla relazione illustrativa (pag 16) ove si sottolinea che “gli Stati membri devono tener conto dei diritti fondamentali del minore e dell'**esistenza di legami familiari autentici tra il minore e i suoi genitori**. E' proprio la valutazione dell'interesse in concreto del soggetto minore che scongiura il rischio della liquefazione del principio di ordine pubblico, ma soprattutto il rischio del *forum shopping*.

Deve poi rilevarsi che in ogni caso le situazioni transfrontaliere aventi ad oggetto filiazioni derivanti da maternità surrogata sarebbero esigue e quindi l'impatto sarebbe limitato. In primo luogo perché la proposta di Regolamento si applica solo agli Stati membri e non ai Paesi terzi. In secondo luogo perché, come si è detto, la maggioranza dei Paesi dell'Unione vietano la maternità surrogata.

Un'ultima riflessione attiene alla legge applicabile. L'art. 17 della proposta, derogando a quanto stabilisce la nostra legge di diritto internazionale privato, prevede che “la legge applicabile all'accertamento della filiazione è quella dello Stato di **residenza abituale di colei che partorisce al momento della nascita** oppure, qualora non sia possibile stabilire la residenza abituale di detta persona al momento della nascita, la legge dello Stato di nascita del figlio”. Ritengo che, proprio perché tutto l'impianto di questa proposta di regolamento è focalizzato alla realizzazione del preminente interesse del minore, la legge applicabile dovrebbe essere primariamente la legge di **abituale residenza del minore**.