

## Contributo per l'audizione informale dell'Avv. Antonio Rotelli

nell'ambito dell'esame della 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) 695]**

dinanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione Politiche dell'Unione europea del Senato della Repubblica del 20 febbraio 2023.

#### **Premessa.**

Sulla proposta di Regolamento non possono essere avanzati rilievi dal punto di vista del rispetto dei principi dell'ordinamento europeo. Dal suo esame emerge, in particolare:

- il rispetto del principio di attribuzione (art. 5.2 TUE): la cui base giuridica è l'art. 81 TFUE;
- il rispetto del principio di sussidiarietà: applicandosi espressamente a situazioni transfrontaliere che danno soluzione al problema della diversità di legislazioni presente nei singoli Stati Membri;
- il rispetto del principio di proporzionalità: non andando al di là di quanto necessario per il conseguimento dei suoi obiettivi.

Sul punto, una valutazione dello stesso tenore è stata espressa dalla Relazione sul Regolamento predisposta dall'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, Nucleo di valutazione degli atti UE.

In questo breve contributo intendo concentrarmi sul tema del rispetto dei principi della Costituzione italiana da parte del progetto di Regolamento alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e di quella della Cassazione e nella prospettiva della garanzia dei diritti fondamentali dei bambini, concludendo sulla sua puntuale conformità all'«interesse nazionale».

Alla luce di quanto dirò, mi appaiono infondate le perplessità espresse da alcuni in materia di interesse nazionale, dal momento che la legislazione italiana non regolerebbe esplicitamente alcuni temi della genitorialità toccati dalla proposta, temi che vengono considerati «molto sensibili» e involgenti profili di «ordine pubblico». L'oggetto principale di questa preoccupazione si concentra – senza cogliere nel segno - sul riconoscimento dello status di figli e figlie con due mamme o con due papà e di quelli nati attraverso il ricorso alla gestazione per altri all'estero.

#### **«Best interests of the child», figli con due genitori dello stesso sesso e figli nati ricorrendo alla gestazione per altri.**

La Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che gli status giuridici della persona sono legati alla protezione dei diritti umani fondamentali, in particolare il rispetto di quelli alla vita privata e familiare. In più, quando si tratta degli status di un bambino, va tenuto presente che nella Costituzione italiana, nella Convenzione europea dei diritti umani, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nelle Convenzioni ONU, è fortemente radicata la necessità di considerare «i concreti interessi del

minorenne» in tutte le decisioni che lo riguardano, sia a livello legislativo, sia a livello di pubbliche autorità, come per esempio quelle che esercitano il potere giurisdizionale (ex multis, Corte cost., sent. 11/1981; sent. 272/2017, par. 4.2 in diritto; sentt. 32 e 33/2021). Come per tutti i principi costituzionali, gli interessi del bambino non sono considerati automaticamente prevalenti rispetto a ogni altro contro interesse coinvolto, ma sono sottoposti a bilanciamento alla luce del criterio di proporzionalità.

Innanzitutto, la Corte costituzionale ha escluso che nella Costituzione sia configurabile un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere figli e ha riconosciuto che l'interesse di un bambino accudito fin dalla nascita da una coppia che ha deciso di farlo venire al mondo è quello di ottenere il riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale lo legano a entrambi i componenti della coppia; ciò almeno da una duplice prospettiva:

- questi legami sono parte integrate della stessa identità del bambino;
- chi si è liberamente impegnato ad accoglierlo non può sottrarsi «ad libitum» alla titolarità del fascio di doveri funzionali agli interessi del bambino, che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali (Corte cost., sent. 33/2021, par. 5.4 in diritto).

La Corte ha anche evidenziato che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriali, né il bambino può esser discriminato a causa dell'orientamento sessuale dei genitori (Corte costituzionale, sentenze n. 221 del 2019, nn. 32 e 33 del 2021; Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sezione prima civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601).

Con riferimento ai bambini con due mamme, la Corte ha escluso inequivocabilmente la contrarietà all'ordine pubblico della fecondazione medicalmente assistita praticata all'estero (sent. 32/2021, paragrafo 2.4.1.3 in diritto), nonché la rimovibilità per via legislativa del divieto di praticarla in Italia «in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata» (sent. 221/2019, paragrafo 13.1 in diritto). Pertanto, già oggi, a legislazione vigente, un certificato di nascita di un bambino nato all'estero da due donne può essere trascritto (e viene trascritto) direttamente nei registri dello stato civile italiano. Nei pochi casi in cui ancora qualche comune rifiuta di farlo, il Tribunale ne dispone la trascrizione su ricorso degli interessati.

Diversamente viene trattato il caso di un bambino con due mamme che nasca in Italia. Il suo atto di nascita viene formato con l'indicazione della sola mamma biologica a causa dell'assenza di una disposizione che esplicitamente consenta il riconoscimento *ab origine* della madre intenzionale. Tuttavia, lo status di fatto del figlio viene reso «giuridico» con riferimento alla madre intenzionale attraverso l'adozione ai sensi dell'art. 44, lett. d., della legge in materia di adozione.

Invece, quando il riconoscimento dello status del figlio si confronta con il limite dell'ordine pubblico, come è attualmente il caso della nascita mediante ricorso alla gestazione per altri – senza che ci sia differenza tra coppie di sesso diverso o dello stesso sesso - il bilanciamento ha portato la Corte costituzionale a escludere l'esistenza di un obbligo costituzionale di trascrizione diretta del certificato di nascita straniero, ovvero di riconoscimento «fin dalla nascita» del bambino, considerandolo un legittimo disincentivo indiretto al ricorso alla gestazione per altri. Tuttavia, ha enucleato l'obbligo costituzionale e convenzionale (CEDU) di riconoscere il legame giuridico di filiazione con entrambi i componenti della coppia che ne hanno voluto la nascita e che si siano poi presi concretamente cura del bambino, perché in questi casi il riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore

“biologico” non garantisce gli interessi del bambino (Corte cost., sent. n. 33/2021, par. 5.4 in diritto). Anche in questo caso il legame giuridico viene riconosciuto attraverso l’adozione da parte del genitore intenzionale, ai sensi dell’art. 44, lett. d., della legge in materia di adozione.

La Corte costituzionale ha anche invitato il legislatore a intervenire per porre rimedio a una regolamentazione nazionale giudicata «inadeguata e insufficiente» a garantire pienamente i diritti fondamentali dei figli di due persone dello stesso sesso o dei nati da gestazione per altri.

### **La proposta di Regolamento dell’Unione europea e «l’interesse nazionale».**

La giurisprudenza della Corte costituzionale porta a riconoscere che la proposta di Regolamento avanzata è coerente con i principi della Costituzione che garantiscono gli status giuridici e i connessi diritti personali e familiari dei bambini.

A ben vedere, il Regolamento può essere inquadrato come un parziale rimedio all’inerzia legislativa in materia denunciata dalla Corte. Sarebbe un rimedio parziale in quanto limitata alla filiazione in situazioni transnazionali nell’ambito dell’Unione (art. 3), con l’esclusione di paesi terzi.

Nel rispetto dei principi di attribuzione e di sussidiarietà, il Regolamento lascia esplicitamente impregiudicata la normativa nazionale sostanziale in materia di:

- 1) definizione della famiglia;
- 2) accertamento della filiazione nel contesto nazionale;
- 3) riconoscimento di matrimoni e unioni registrate all’estero.

Inoltre, il Regolamento esclude espressamente che uno Stato Membro dell’Unione europea debba fare applicazione delle regole relative alla competenza o all’attribuzione della filiazione di un altro Stato dell’Unione quando queste risultassero incompatibili con l’ordine pubblico del foro. Nelle parole del Regolamento un caso manifesto di violazione dell’ordine pubblico ricorrerebbe quando «i diritti fondamentali di una persona sono stati violati in fase di concepimento, nascita o adozione del figlio oppure di accertamento della filiazione» (Capo IV – Riconoscimento), fattispecie che si appalesa come chiaro riferimento ai casi di gestazione per altri in cui la dignità della donna o del bambino fossero violati.

Conclusivamente, la regolamentazione che la proposta mira a introdurre appare importante e urgente, perseguendo la finalità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali di soggetti vulnerabili, quali i bambini. In questo senso essa realizza il principio formulato dalla nostra Corte costituzionale, secondo cui: «ogni soluzione che non offra al bambino alcuna chance di riconoscimento giuridico del genitore intenzionale, come che sia nato, finisce in una “strumentalizzazione” della persona del minore, pur in nome di finalità legittime, come potrebbe essere, per esempio, il voler disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata» (Corte cost., sent. n. 33/2021, par. 5.7 in diritto).

*Antonio Rotelli*