



Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre *Pancharevo* verso un ordine pubblico “rafforzato” dell’Unione europea

DI SARA DE VIDO*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il riconoscimento nella proposta di Regolamento del Consiglio e le cause di diniego del riconoscimento. – 3. Sul solco della sentenza della Corte di giustizia dell’UE in *Pancharevo*... - 3.1. ... e dell’ordinanza *Rzecznik Praw Obywatelskich* (Mediatore polacco). – 4. Una proposta nei soli limiti dello spazio europeo: oppure no? – 5. Oltre *Pancharevo* e *Mediatore polacco*: restringimento dell’ordine pubblico internazionale degli Stati membri o rafforzamento dell’ordine pubblico dell’Unione europea? – 5.1. Ordine pubblico rafforzato dell’Unione europea e frode alla legge. – 5.2. L’ordine pubblico internazionale di uno Stato membro come “residuale” nei casi di accertamento della filiazione. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

La circolazione degli status famigliari e del loro riconoscimento da parte degli Stati membri dell’Unione europea non è certo un argomento nuovo agli studiosi e alle studiose di diritto internazionale privato¹, ma è tornato all’attenzione dei dibattiti politici e dottrinali a

* Professoressa associata di diritto internazionale, Università Ca’ Foscari di Venezia.

¹ Si veda sul punto, *ex multis*, M. FALLON, *Constraints of internal market law on family law*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGAS, G. STRAETMANS, F. SWENNEN (eds), *International family law for the European Union*, Antwerpen/Oxford, 2007, p. 149 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell’Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007; R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des Cours*, vol. 348, 2011, p. 257 ss.; I. THÉRY, AM LEROYER, *Filiation, origins, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Neuilly, 2014; R. BARATTA, *Recognition of foreign personal and family status: a rights-based perspective*, in *RDIPP*, 2, 2016, p. 413 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2016, p. 49 ss.; C. RAGNI, *Il riconoscimento degli status acquisiti all’estero: diritto internazionale*

seguito dell'elaborazione prima e della pubblicazione poi, da parte della Commissione europea, nel dicembre 2022, 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 filiazione². La proposta rientra tra le azioni chiave della Strategia dell'Unione europea sui diritti del minore³ e della Strategia dell'Unione europea sulla parità LGBTIQ⁴.

Non si può non osservare in questi anni un certo attivismo normativo, positivo ma soggetto naturalmente ai limiti derivanti dalle competenze di attribuzione dell'UE, della Commissione von der Leyen in materie legate alla famiglia, ai minori e al raggiungimento della parità di genere⁵. Con riferimento alla proposta qui in esame, è del tutto evidente che la libera circolazione delle persone nel sistema UE incoraggia sempre più i movimenti di cittadini europei da uno Stato ad un altro, determinando quel carattere di transnazionalità delle famiglie che innesca una serie di quesiti giuridici, tanto di diritto internazionale privato quanto di rispetto dei diritti umani fondamentali. Ciò avviene, in particolare, nei casi in cui la genitorialità sorga a seguito di pratiche ammesse in alcuni ordinamenti e vietate in altri, segnatamente la

privato, diritto dell'Unione europea e giurisprudenza delle corti europee, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, 2017, p. 2 ss.; S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, 2017; S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1070 ss.; G. DOUGLAS, M. MURCH, V. STEPHENS (eds), *International and national perspective on child and family law. Essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge/Antwerp, Chicago, 2018, p. 343 ss.; F. SALERNO, *The identity and continuity of personal status in contemporary private international law*, in *Recueil des Cours*, vol. 395, 2019; p. 21 ss.; i contributi in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds), *Fundamental Rights and best interests of the child in transnational families*, Cambridge/Antwerp, Chicago, 2019; A. TRYFONIDOU, *EU free movement law and the children of rainbow families: children of a lesser god?*, in *Yearbook of European Law*, 2019, p. 220 ss.; G. KESSLER, *Le droit international privé à l'épreuve du renouveau de la filiation*, in *Journal de droit international*, 1, 2020, p. 91 ss.; F. DEANA, *Rapporti e status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020; A. DI BLASE, *Genitorialità della coppia omosessuale e riconoscimento dello status filiationis nell'ordinamento italiano*, in *RDIPP*, 2021, p. 821 ss.; A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Omogenitorialità e continuità internazionale degli status*, in A. ANNONI, S. FORLATI, P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di F. Salerno*, Napoli, 2021, p. 761 ss.; M.C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Famiglia e diritto*, 12, 2022, p. 1098 ss.; R. CLERICI, *Stato di filiazione e diritto internazionale privato*, in G. BONILINI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia, III*, Milano, 2022, p. 437 ss.; M.C. BARUFFI, *La circolazione degli status familiari e l'acquisto della cittadinanza nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, p. 347 ss.

² 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 final.

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Strategia dell'UE sui diritti dei minori, COM/2021/142 final.

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025, COM/2020/698 final.

⁵ Si veda ad esempio la proposta della Commissione europea sul contrasto alla violenza di genere nei confronti delle donne, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, COM/2022/105 final. Sul punto, si veda S. DE VIDO, *A first insight into the EU proposal for a Directive on countering violence against women and domestic violence*, in *EJIL:Talk!*, 7 aprile 2022, <https://www.ejiltalk.org/a-first-insight-into-the-eu-proposal-for-a-directive-on-countering-violence-against-women-and-domestic-violence/>.

procreazione medicalmente assistita (PMA) per genitori single o coppie *same-sex*⁶ e le tecniche di gestazione per altri⁷. Può lo status di figlio essere riconosciuto *mutualmente* in tutti gli ordinamenti degli Stati membri dell'UE a prescindere dal come la genitorialità sorge, sia essa biologica o intenzionale? L'Unione europea ha cercato di rispondere all'incertezza delle situazioni giuridiche dei minori nati con tecniche non uniformemente riconosciute in tutti gli Stati membri attraverso un'azione nel campo della cooperazione giudiziaria civile. La circolazione degli status così come intesa nella proposta di Regolamento, basato sull'articolo 81 TFUE, è svincolata dal fatto che il riconoscimento – o meglio, il mancato riconoscimento – produca effetti sulla libera circolazione dei singoli quale elemento derivante dalla cittadinanza europea.

L'obiettivo del contributo è di fornire un esame della proposta di Regolamento del Consiglio con riguardo limitatamente alle disposizioni in materia di riconoscimento delle decisioni in materia di accertamento della filiazione e, per i profili legati alla frode alla legge, alle disposizioni in materia di legge applicabile. Si argomenterà che il Regolamento, benché non abbia dichiaratamente lo scopo di interferire sulla normativa nazionale in materia di famiglia, né tantomeno di sostituirsi al legislatore di uno Stato membro nella disciplina della maternità surrogata o della PMA, si spinge oltre il ragionamento della Corte di giustizia che in due recenti decisioni aveva legato il riconoscimento all'esercizio della libertà di circolazione dell'individuo, e incide sulla composizione di un ordine pubblico degli Stati membri sempre più ristretto o attenuato, in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU). Siffatto ordine pubblico è basato sui diritti umani dei minori e fa prevalere, quale controlimite, il *best interest of the child* come concettualizzato nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 (Convenzione ONU del 1989), anche in ipotesi di deliberato *forum shopping*, che per alcuni aspetti viene “legittimato” dalla proposta di Regolamento. L'ordine pubblico internazionale favorisce dunque il rispetto degli interessi degli individui e in particolare dei diritti dei minori: sposta in altri termini l'attenzione sulla persona⁸. Si leggerà poi il nuovo Regolamento secondo un'altra prospettiva, quella del mutuo riconoscimento delle decisioni in materia di status familiari, nel rispetto delle competenze di attribuzione previste dai trattati, quale “eccezione dell'eccezione” dell'ordine pubblico⁹. Il meccanismo del mutuo riconoscimento non è tuttavia neutrale e sterile, ma si arricchisce del rispetto dei diritti umani fondamentali, in particolare di categorie vulnerabili quali i minori, propendendo quindi per un ordine pubblico dell'Unione europea che definiremo “rafforzato”.

⁶ Le difficoltà nel riconoscimento della genitorialità di entrambi i genitori *same sex* in molti Stati sono emerse nello studio del Parlamento europeo, commissionato da PETI Committee, *Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*, 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/671505/IPOL_STU\(2021\)671505_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/671505/IPOL_STU(2021)671505_EN.pdf).

⁷ Non ci si occuperà in queste sede delle adozioni da parte di coppie *same-sex*. Sul punto, si veda ad esempio G. ROSSOLILLO, *Riconoscimento di 'status' familiari e adozioni sconosciute all'ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 335 ss.; C. RAGNI, *Cross-border recognition of adoption: rethinking private international law from a human rights perspective*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds), *Fundamental Rights*, cit., p. 209 ss.

⁸ H. MUIR WATT, *Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)*, in *Archives de philosophie de droit*, 2001, p. 271 ss. Sulla centralità dei singoli nel sistema UE, B. NASCIBENE, *La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 9 ss.

⁹ Applicando il pensiero di M. FALLON, J. MEEUSEN, *Private international law in the EU and the exception of mutual recognition*, in *Yearbook of Private International Law*, IV, 2002, p. 37 ss.

2. Il riconoscimento nella proposta di Regolamento del Consiglio e le cause di diniego del riconoscimento

Nel diritto dell'Unione europea, come è noto, l'art. 81 TFUE¹⁰ prevede una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, «fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziarie». Nel quadro di siffatta cooperazione, possono essere adottate misure intese a ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, incluso, per quanto rileva ai fini dell'analisi, «il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione». Introdotto con la riforma di Lisbona, il principio del mutuo riconoscimento «poggia sulla fiducia reciproca tra i rispettivi ordinamenti interni», è un elemento «integrante» della libertà di circolazione e dei diritti fondamentali dei cittadini e «completa il sistema europeo di protezione giudiziaria e l'effettività del diritto dell'Unione»¹¹. In materia di diritto di famiglia, il Consiglio delibera secondo una procedura legislativa speciale (art. 81 par. 2): all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo.

L'Unione europea ha già adottato in materia di diritto di famiglia, come è noto, norme uniformi in materia di legge applicabile, giurisdizione, cooperazione in materia giudiziaria, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni¹². Così, il Regolamento (CE) n. 2201/2003 (*Bruxelles II bis*)¹³, abrogato dal Regolamento (UE) n. 2019/1111¹⁴, i Regolamenti (UE) 2016/1103¹⁵ e 1104¹⁶. L'UE ha inoltre ratificato il Protocollo dell'Aia sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari del 23 novembre 2007¹⁷ e ha autorizzato la ratifica da parte di alcuni Stati membri della Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori del 19 ottobre 1996¹⁸. L'armonizzazione a livello dell'Unione della materia del diritto di famiglia, per quanto

¹⁰ R. BARATTA, *Articolo 81*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 859 ss.; R. BARATTA, *Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au traité de Lisbonne*, in *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber F. Pocar, vol. I, Milano, 2009, p. 3 ss.

¹¹ R. BARATTA, *Articolo 81*, cit., p. 861.

¹² Si veda, *inter alia*, S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato*, Milano 2007; S. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 301 ss.; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; E. BERGAMINI, *Giurisdizione e riconoscimento delle sentenze di Stati terzi in materia familiare: i regolamenti 2201/2003 e 2019/1111*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 401ss.

¹³ Regolamento (CE) n. 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) n. 1347/2000, in *GUUE*, L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

¹⁴ Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione), in *GUUE*, L 178 del 2.7.2019, p. 1 ss.

¹⁵ Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, in *GUUE*, L 183 del 8.7.2016, p. 1 ss.

¹⁶ Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in *GUUE*, L 183 del 8.7.2016, p. 30 ss.

¹⁷ Decisione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa alla conclusione da parte della Comunità europea del protocollo dell'Aia, del 23 novembre 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari (2009/941/CE), in *GUUE*, L 331 del 16 dicembre 2009, p. 17 ss.

¹⁸ Convenzione dell'Aia concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, 19 ottobre 1996. Nel sistema UE, Decisione 2008/431/CE del Consiglio, del 5 giugno 2008, che autorizza alcuni Stati membri a

possibile alla luce delle competenze definite dai trattati, consente di “migliorare la protezione dei diritti umani fondamentali”: assente una competenza di regolazione sostanziale delle questioni in materia di diritto di famiglia, l’Unione risponde con lo strumento del diritto internazionale privato con lo scopo di “facilitare la mobilità degli individui” (e degli status giuridici) attraverso le frontiere e per questa via minimizzare il rischio per gli Stati membri di non proteggere in maniera efficace i diritti delle persone coinvolte¹⁹.

Nessuno strumento tra quelli qui menzionati si occupa tuttavia direttamente di decisioni in materia di filiazione, benché la Corte di giustizia dell’UE, in particolare con la sentenza c.d. *Pancharevo* e la più recente ordinanza nel caso *Rzecznik Praw Obywatelskich* (“Mediatore polacco”), di cui si dirà *infra*, si sia pronunciata a riguardo sostenendo il riconoscimento della decisione in materia di filiazione quale elemento realizzante la libera circolazione delle persone ai sensi dei trattati, segnatamente l’art. 21, par. 1, TFUE. Spiega invero la Commissione, nella relazione che accompagna la proposta, che il diritto dell’Unione, così come interpretato dalla Corte di giustizia dell’UE «impone già agli Stati membri di riconoscere la filiazione di un minore accertata in un altro Stato membro ai fini dei diritti conferitegli dal diritto dell’UE» (in particolare la Direttiva (CE) 2004/38²⁰), tuttavia esso non impone «ancora agli Stati membri di riconoscere la filiazione accertata in un altro Stato membro per altre finalità»²¹. Siffatto vuoto normativo non è privo di conseguenze per i minori, in termini ad esempio di diritti di successione o di rappresentanza legale del genitore a suo favore. La Commissione evidenzia che le difficoltà nella circolazione degli status familiari in situazioni transfrontaliere potrebbero “dissuadere” le famiglie, in qualsiasi modo siano esse composte, dall’esercitare il diritto alla libera circolazione «nel timore che la filiazione dei loro figli non sia riconosciuta a tutti gli effetti in un altro Stato membro»²².

La proposta di Regolamento si propone dunque di colmare il *gap* prevedendo norme in materia di competenza internazionale sulla filiazione, norme sulla legge applicabile e introducendo l’automatismo del riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione. Norme uniformi in materia di competenza giurisdizionale e di legge applicabile dovrebbero altresì ridurre il “forum shopping”²³, di cui si dirà in materia di frode alla legge. Così, ad esempio, in materia di legge applicabile, sono previsti due criteri successivi: il primo corrisponde allo Stato di residenza abituale di colei che partorisce al momento della nascita; il secondo, in assenza del primo (ad esempio nei casi in cui non sia possibile individuare la madre gestante), la legge dello

ratificare la convenzione dell’Aia del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, ovvero ad aderirvi, nell’interesse della Comunità europea e che autorizza alcuni Stati membri a presentare una dichiarazione sull’applicazione delle pertinenti norme interne del diritto comunitario, in *GUUE*, L 151 dell’11 giugno 2008, p. 36 ss. Cfr. F. POCAR, *La nuova convenzione dell’Aia sulla protezione dei minori*, in *RDIPP*, 1996, p. 705 ss.

¹⁹ P. FRANZINA, *The place of human rights in the private international law of the Union in family matters*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds), *op. cit.*, p. 141 ss., p. 147.

²⁰ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in *GUUE*, L 158 del 30 aprile 2004, p. 77 ss.

²¹ Proposta filiazione, par. 1.

²² *Ibid.*

²³ E. DI NAPOLI, *A place called home: il principio di territorialità e la localizzazione dei rapporti familiari nel diritto internazionale privato post moderno*, in *RDIPP*, 2013, p. 899 ss.

Stato di nascita del figlio (art. 17, par. 1, della proposta di Regolamento)²⁴. Laddove l'accertamento della filiazione avvenga, in base alla legge così individuata, nei confronti di un solo genitore, che generalmente è il genitore "biologico", le autorità di uno Stato membro competente in materia di filiazione possono applicare, per l'accertamento della filiazione nei confronti del genitore c.d. "intenzionale", una delle due norme alternative sussidiarie, ovvero la legge di nascita di uno dei genitori o la legge dello Stato di nascita del figlio (art. 17, par. 2).

Con riferimento al riconoscimento, in base all'art. 24, par. 1, della proposta di Regolamento, «le decisioni giudiziarie di filiazione pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario ricorrere a procedimenti particolari»: esso è chiara espressione del principio del riconoscimento automatico delle decisioni. Nessun procedimento viene richiesto per l'aggiornamento delle iscrizioni nello stato civile di uno Stato membro a seguito di una decisione giudiziaria di filiazione pronunciata in un altro Stato membro, contro la quale non sia più ammessa impugnazione secondo la legge di detto Stato (art. 24, par. 2). Il riconoscimento della decisione giudiziaria può avvenire anche in via incidentale (art. 24, par. 3)²⁵. Ogni parte interessata può chiedere (art. 25, par. 1) una decisione attestante l'assenza di motivi di diniego del riconoscimento di cui all'art. 31. I motivi di diniego del riconoscimento sono i seguenti:

- «(a) tenuto conto dell'interesse dei figli, la manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro in cui è invocato;
- (b) la mancata notifica o comunicazione della domanda giudiziale o altro documento equivalente ai convenuti contumaci in tempo utile, ovvero l'adozione di una decisione in contumacia;
- (c) il mancato ascolto della persona nell'adozione della decisione giudiziaria, ritenuta lesiva della propria paternità o maternità del figlio (su domanda della persona interessata);
- (d) incompatibilità della decisione con una decisione giudiziaria di filiazione successivamente resa nello Stato membro in cui è invocato il riconoscimento;
- (e) incompatibilità della decisione con una decisione giudiziaria di filiazione successivamente resa in un altro Stato membro, purché questa soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro in cui è invocato il riconoscimento».

Il par. 2 del medesimo articolo richiama il principio di non discriminazione di cui all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta UE). Il par. 3 invoca il diritto dei figli – anche se minori là dove siano capaci di discernimento – di essere ascoltati. Spiega a riguardo la Commissione, nella relazione che accompagna la proposta, che l'elenco dei motivi

²⁴ Certo, norme di questo tipo non prevencono il c.d. "turismo procreativo", ma è indubbiamente un fenomeno presente di cui non si può non tenere conto. Se di fatto questo fenomeno esiste, una migliore regolazione consentirebbe di evitare situazioni di abuso e crimini quali la tratta di esseri umani, specialmente – nel caso qui in esame – di minori. Si veda, sulla regolamentazione della maternità surrogata, L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2015, p. 7 ss.; X.C. TANG, *Setting Norms: Protections for surrogates in international commercial surrogacy*, in *Minnesota Journal of International Law*, 2016, p. 193 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements: an urgent need for legal regulation at the international level*, in *Journal of Private International Law* 2011, p. 627 ss.

²⁵ Praticamente identica, *mutatis mutandis*, è la formulazione del corrispondente articolo sul riconoscimento nel Regolamento già citato 2019/1111, art. 30.

di diniego del riconoscimento è tassativo e che con riguardo all'ordine pubblico, «le autorità degli Stati membri devono tenere conto dell'interesse del figlio, in particolare della tutela dei suoi diritti, compresa la salvaguardia di legami familiari autentici tra il figlio e i genitori»²⁶. Ne consegue che il motivo dell'ordine pubblico quale motivo ostativo del riconoscimento deve essere invocato in via *del tutto eccezionale* alla luce delle circostanze di ogni caso, «ossia non in modo astratto per escludere il riconoscimento della filiazione quando, ad esempio, i genitori sono dello stesso sesso»²⁷. La Commissione rafforza la motivazione argomentando molto esplicitamente che «le autorità degli Stati membri non potrebbero quindi negare, per motivi di ordine pubblico, il riconoscimento di una decisione giudiziaria o di un atto pubblico che accertino la filiazione mediante adozione da parte di un uomo solo, o che accertino la filiazione nei confronti dei due genitori in una coppia dello stesso sesso per il solo motivo che i genitori sono dello stesso sesso»²⁸. Le cause ostative al riconoscimento ricordano i motivi previsti nel Regolamento (UE) n. 2019/1111, all'art. 39.

La formula utilizzata dalla Commissione europea trova altresì conferma in un altro strumento, di natura non vincolante, adottato dall'*Institut de droit international*, la risoluzione della quarta commissione Diritti umani e diritto internazionale privato – *rapporteur* Fausto Pocar – al cui art. 14 si legge²⁹:

«Article 14 Filiation Le respect du droit à la vie familiale et à la vie privée exige qu'un rapport de filiation établi dans un État soit reconnu dans d'autres État, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant qui devrait l'emporter sur des considérations d'ordre public international de l'État requis».

Con riferimento agli atti pubblici di accertamento della filiazione aventi effetto vincolante, formalmente redatti o registrati in uno Stato membro che assume la competenza ai sensi del capo II del regolamento ed «aventi effetti giuridici vincolanti nello Stato membro in cui sono stati formalmente redatti o registrati» (art. 35), il riconoscimento è ugualmente automatico, «senza che sia necessario ricorrere a procedimenti particolari» (art. 36)³⁰. Su istanza di parte, l'autorità competente dello Stato di origine procede al rilascio di un attestato conformemente al modello allegato alla proposta di Regolamento. Il diniego del riconoscimento può prodursi nel caso di contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro in cui l'atto è invocato; su domanda della persona che ritiene che l'atto pubblico sia lesivo della propria paternità o maternità del figlio, se è mancato l'ascolto della parte interessata; se l'atto pubblico è incompatibile con una «decisione giudiziaria di filiazione successivamente resa o con un atto pubblico di accertamento

²⁶ Proposta filiazione, cit., par. 5.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ In commento, O. FERACI, *Art. 14 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 585 ss.

³⁰ Sull'uso del termine “riconoscimento” invece di “trascrizione” di atti pubblici in diversi regolamenti europei, si veda E. PATAUT, *La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé*, in P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013, p. 147 ss.: «il est parfaitement possible de parler de reconnaissance à propos des actes publics [...] la possibilité de faire produire au for des effets de droit à une situation cristallisée à l'étranger sans passer par le truchement de la règle de conflit de lois».

della filiazione avente effetti giuridici vincolanti successivamente redatto o registrato nello Stato membro in cui è invocato il riconoscimento»; se l'atto pubblico è «incompatibile con una decisione giudiziaria di filiazione successivamente resa, o con un atto pubblico di accertamento della filiazione avente effetti giuridici vincolanti successivamente redatto o registrato in un altro Stato membro, purché detta decisione giudiziaria o detto atto pubblico successivo soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro in cui è invocato il riconoscimento» (art. 39)³¹. Per quanto concerne, invece, gli atti pubblici privi di effetti vincolanti nello Stato membro di origine, essi mantengono la medesima efficacia probatoria presente nello Stato di origine o producono effetti comparabili, a condizione che non vi sia contrarietà con l'ordine pubblico dello Stato membro in cui è presentato (art. 45, par. 1).

Va evidenziata la distinzione che ancora oggi esiste tra, da un lato, il formale riconoscimento di una situazione familiare creata all'estero, tradizionalmente sottoposto alle regole di diritto internazionale privato, e, dall'altro, l'accettazione di un certificato straniero ad altri fini (ad esempio per l'ottenimento di un titolo di soggiorno)³². La proposta di Regolamento va nella direzione di sfumare siffatta distinzione, introducendo un automatismo, fatto salvo il limite dell'ordine pubblico dello Stato membro in cui il riconoscimento è invocato, che prescinde dai meccanismi propri del diritto internazionale privato.

3. Sul solco della sentenza della Corte di giustizia dell'UE in *Pancharevo* ...

La proposta di Regolamento si colloca sul solco, pur disancorando il riconoscimento di una decisione di accertamento della filiazione dal collegamento con l'esercizio delle libertà scaturenti dal legame di cittadinanza, di una recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, manifestatasi con una sentenza del 2021 e un'ordinanza del 2022 relative all'oggetto del futuro atto di diritto derivato.

La Corte di Lussemburgo si è pronunciata il 14 dicembre 2021 nel noto caso *V.M.A. c. Stoliczna obshtina, "Pancharevo"*³³, concernente il riconoscimento in uno Stato membro di un legame di filiazione tra un bambino e i propri genitori (coppia *same sex*), legame valido in un altro Stato membro, la Spagna. Il quesito giuridico era particolarmente rilevante in quanto si

³¹ Si veda, similmente, gli articoli 65 e 68 del Regolamento 2019/1111.

³² Con riferimento anche alla giurisprudenza italiana in materia, R. CLERICI, *Stato di filiazione*, cit., p. 457. Sulla circolazione dei documenti pubblici stranieri mediante i meccanismi del diritto internazionale privato, si veda F. SALERNO, *The identity and continuity*, cit., p. 145.

³³ Corte giust., 14 dicembre 2021, causa C-490/20, *V.M.A. c. Stoliczna obshtina, rayon "Pancharevo"*. Si veda, *inter alia*, A. TRYFONIDOU, *The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ's V.M.A. ruling*, in *Europeanlawblog*, 2021, <https://europeanlawblog.eu/2021/12/21/the-cross-border-recognition-of-the-parent-child-relationship-in-rainbow-families-under-eu-law-a-critical-view-of-the-ecjs-v-m-a-ruling/>; O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *RDI*, 2022, p. 564 ss.; F. MAOLI, *La sentenza Pancharevo della Corte di giustizia UE sul riconoscimento del rapporto di filiazione e diritti connessi alla cittadinanza europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 555 ss.; R. SENIGAGLIA, *Vita familiare e minori. A trent'anni da "Diritto comunitario e legalità costituzionale" di Pietro Perlingieri*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2022, p. 1505 ss.; L. RICCARDI, *La cittadinanza dell'Unione europea come strumento di tutela dei minori nel contesto di famiglie omogenitoriali: spunti di riflessione per nuovi sviluppi*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza*, cit., p. 409 ss.

trattava di una valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico e l'identità nazionale (tutelata all'art. 4, par. 2, TUE³⁴) della Bulgaria, la quale non ammetteva che un atto di nascita contenesse il nome di due genitori dello stesso sesso. Nel caso di specie, V.M.A, cittadina bulgara, era sposata con una cittadina britannica di Gibilterra, dove si sposavano nel 2018. Vivevano in Spagna dal 2015 dove nasceva nel 2019 la loro figlia, residente con entrambe le genitrici. L'atto di nascita spagnolo indicava le due madri. Nel 2020 la ricorrente richiedeva, presentando traduzione legalizzata dall'atto spagnolo, all'autorità competente, il Comune di Sofia, il *rilascio* di un atto di nascita per la figlia necessario per ottenere un documento di identità bulgaro. Il Comune chiedeva di fornire prove della filiazione con la madre biologica, visto che il documento a disposizione aveva una sola casella per "madre" e una per "padre". La ricorrente dichiarava al Comune che non era tenuta a fornire questa informazione con la conseguenza che la sua domanda veniva respinta in quanto il rilascio dell'atto di nascita bulgaro sarebbe stato contrario all'ordine pubblico. La donna presentava dunque ricorso al Tribunale amministrativo di Sofia, giudice del rinvio, che chiariva che il minore aveva cittadinanza bulgara, in quanto figlio di una cittadina bulgara.

Il tribunale amministrativo nutriveva dei dubbi sulla legittimità del rifiuto che provocava ostacoli amministrativi al rilascio di documenti di identità e difficoltà nell'esercizio del diritto alla libera circolazione previsto nei trattati dell'Unione. Poneva dunque quattro quesiti pregiudiziali, uno dei quali relativo alla situazione prodottasi a seguito della Brexit su cui non ci soffermeremo in questa sede. In particolare, il giudice del rinvio chiedeva se gli articoli 20 e 21 TFUE e gli articoli 7, 24 e 45 della Carta UE dovevano essere interpretati nel senso che non consentivano alle autorità amministrative bulgare di rifiutare il rilascio di un atto di nascita ad un minore cittadino bulgaro: nascita avvenuta e certificata in un altro Stato dell'Unione, con indicate due persone di sesso femminile come madri senza specificare quale di queste fosse la madre biologica (e se sì – ultimo quesito – se il documento bulgaro dovesse essere modificato in modo da contemplare opzioni diverse da quelle al momento previste). Chiedeva inoltre se gli articoli 4, par. 2, e 9 della Carta UE dovevano interpretarsi nel senso che, in virtù della tutela dell'identità nazionale, uno Stato membro dell'Unione godeva di ampio margine di discrezionalità con riferimento all'accertamento della filiazione, inclusa la richiesta di informazione sul legame biologico con uno o entrambi i genitori. Per la Bulgaria, la determinazione del legame biologico era indispensabile per la determinazione della cittadinanza, elemento non tenuto in considerazione dal giudice del rinvio, ma rilevato dalle autorità bulgare nel corso del procedimento davanti alla Corte di giustizia dell'UE.

L'avvocata generale Kokott, in un ragionamento molto articolato basato sulla situazione del minore e della madre "intenzionale" o "sociale", su cui non ci soffermeremo in questa sede, ha distinto nella sua analisi le due ipotesi: quella della presenza o meno della cittadinanza bulgara in capo alla minore³⁵. Non così la Corte, che ha tenuto conto dell'accertamento

³⁴ M. CARTABIA, *Articolo 4, par. 2*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 23 ss.; R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionali e europei e sviluppi nazionali*, 2018, p. 215 ss.

³⁵ La Corte invece rileva che l'esigenza di garantire la libera circolazione e il soggiorno nel territorio europeo della minore si imporrebbe anche nel caso in cui la cittadinanza non fosse attribuita direttamente alla bambina, in quanto quest'ultima gode del diritto alla circolazione in quanto "discendente diretta" della madre che ha cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione. *Pancharevo*, cit., par. 67.

effettuato dal giudice bulgaro, «unico competente in materia»³⁶, ovvero che la bambina era cittadina bulgara e, dunque, cittadina dell'Unione europea³⁷.

La Corte ha ricordato la sua ormai consolidata giurisprudenza per cui anche i cittadini dell'Unione che non si sono mai avvalsi del diritto alla libera circolazione possono invocare l'art. 21, par. 1, TFUE, ovvero il loro diritto alla libera circolazione³⁸. Deriva dallo status di cittadina dell'Unione una logica conseguenza agli occhi della Corte, ovvero che le autorità bulgare sono obbligate a rilasciarle una carta d'identità o un passaporto dove risulti cognome e cittadinanza come presenti nell'atto di nascita emesso dalle autorità spagnole³⁹. Il documento deve consentire alla minore di circolare nel territorio dell'Unione con ciascuna o entrambe le madri, il cui status di genitrice è stato individuato legalmente dalle autorità di uno Stato membro⁴⁰. Non vi è l'obbligo per lo Stato bulgaro di rilasciare un corrispondente atto di nascita ai sensi del diritto dell'Unione: esso è tuttavia necessario in base al diritto dello Stato membro per esperire ogni altra formalità anagrafica, requisito questo che non può tuttavia essere opposto a giustificazione del mancato rilascio del documento di identità⁴¹. Lo stesso dicasi per il documento che contiene l'indicazione della genitorialità da parte delle due donne. La Corte ha precisato, *ad abundantiam*, che lo status delle persone, incluse le norme sulla filiazione, rimane di competenza degli Stati membri, ma è nell'esercizio di tale competenza che gli Stati devono rispettare il diritto dell'Unione, in particolare le disposizioni del trattato in materia di libera circolazione⁴². La nozione di ordine pubblico, utilizzata come giustificazione di una deroga ad una libertà fondamentale, deve essere intesa in senso restrittivo, «solo in presenza di una minaccia reale e sufficientemente grave che colpisce un interesse fondamentale della società»⁴³. Il mero riconoscimento ai fini dell'esercizio dei diritti conseguenti allo status di cittadina dell'Unione non lede, dunque, l'identità nazionale e non minaccia l'ordine pubblico di uno Stato membro⁴⁴. La Corte ha invocato, infine, il rispetto dei diritti umani fondamentali, nello specifico il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7 Carta UE) e i diritti dei minori garantiti dall'art. 24 della Carta⁴⁵. In particolare, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, che consiste secondo la giurisprudenza della Corte EDU nella costituzione di stretti legami personali, deve essere letto in combinato disposto con il superiore interesse del minore, riconosciuto dalla Convenzione ONU del 1989, la quale viene utilizzata quale strumento

³⁶ *Pancharevo*, cit., par. 39.

³⁷ Il Tribunale amministrativo di Sofia aveva affermato che secondo la legge bulgara, la minore aveva cittadinanza bulgara (in quanto la madre è bulgara). Tuttavia, non conoscendo quale fosse il legame biologico, il Tribunale avrebbe potuto argomentare che solo dall'attribuzione di efficacia all'atto straniero poteva discendere l'acquisto della cittadinanza bulgara *iure sanguinis*, come prevista dalla Costituzione. *Mutatis mutandis*, si veda la situazione in Italia. Cfr. R. CLERICI, *Stato di filiazione*, cit., p. 457, in cui l'autrice rileva che questo aspetto è “un elementare corollario del principio della sovranità statale in materia di cittadinanza, il quale però viene talvolta ignorato”. Da qui l'interesse per l'esame svolto dall'Avv. Generale.

³⁸ A. LANG, *Articolo 21*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 501 ss.

³⁹ *Pancharevo*, cit., par. 44. La Corte invoca a riguardo la sentenza *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, 14 ottobre 2008, causa C-353/06, in base alla quale alle autorità è precluso il rifiuto di riconoscimento del nome e cognome del figlio come è stato determinato e registrato in un altro Stato membro.

⁴⁰ *Pancharevo*, cit., par. 46.

⁴¹ *Ivi*, par. 45.

⁴² *Ivi*, par. 52.

⁴³ *Ivi*, par. 55.

⁴⁴ *Ivi*, par. 56.

⁴⁵ *Ivi*, par. 60.

interpretativo dell'articolo 24 della Carta⁴⁶. Il minore ha diritto a non subire discriminazioni, incluse quelle “riflesse”, che derivano cioè dall'orientamento sessuale dei propri genitori.

Alla luce anche dello scrutinio basato sui diritti umani, dunque, è contraria alla Carta UE un'azione dello Stato che rende *de facto* impossibile l'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione per il solo fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso⁴⁷. Secondo una interessante ricostruzione⁴⁸, la sentenza sembra confermare l'idea suggerita da alcuni autori⁴⁹ secondo cui il riconoscimento incidentale di effetti in ambito UE “blocca” l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato dello Stato membro richiesto quando ciò ostacoli la libera circolazione come garantita dai trattati dell'Unione. In altri termini, la sentenza «non determina un riconoscimento di status in senso internazionalprivatistico, stabilendo piuttosto un riconoscimento ‘funzionalmente orientato’, volto a garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione»⁵⁰. Ne consegue che il riconoscimento è solo “funzionale” all'esercizio di una precisa libertà garantita dai trattati e non incide invece su altri profili legati all'accertamento della filiazione, quali, ad esempio, la sicurezza sociale e le questioni successorie.

3.1. ... e dell'ordinanza *Rzecznik Praw Obywatelskich (Mediatore polacco)*

Qualche mese dopo, nell'ordinanza relativa al caso *Rzecznik Praw Obywatelskich* (per semplicità la identificheremo con “Mediatore polacco”), la Corte di giustizia dell'UE si è pronunciata sulla domanda di rinvio pregiudiziale proposta alla Corte dal tribunale amministrativo del voivodato di Cracovia in Polonia nell'ambito di una controversia tra il difensore civico nazionale polacco e l'anagrafe di Cracovia, quest'ultima avendo negato la *trascrizione dell'atto di nascita* rilasciato dalle autorità spagnole di una minore avente due genitrici⁵¹. La ricorrente, K.S., cittadina polacca, e S.V.D., cittadina irlandese, contraevano matrimonio in Irlanda nel 2018. Nello stesso anno nasceva in Spagna la loro figlia, D., registrata all'anagrafe come figlia della madre A e della madre B. La coppia richiedeva trascrizione dell'atto di nascita della figlia, che aveva la cittadinanza polacca, nel registro polacco di stato civile, trascrizione come si è detto rifiutata dalle autorità polacche che la ritenevano contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento. La decisione diventava definitiva. Interpellato dalla ricorrente, il difensore civico polacco si faceva portatore degli interessi delle due donne dinanzi al giudice del rinvio contro la decisione del capo dell'anagrafe. Nel frattempo, anche il rilascio della carta d'identità per la minore veniva rifiutato. Il giudice del rinvio correttamente rilevava che, da un lato, il diritto polacco applicabile al caso di specie non garantiva la libera circolazione

⁴⁶ Sull'interpretazione alla luce di altri strumenti giuridici vincolanti, si veda, ad esempio, C. PITEA, *Interpreting the ECHR in the Light of 'Other' International Instruments: Systemic Integration or Fragmentation of Rules on Treaty Interpretation?*, in N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. PITEA, C. RAGNI (eds), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, L'Aja, 2013, p. 550 ss.

⁴⁷ *Pancharevo*, cit., par. 65.

⁴⁸ O. FERACI, *Il riconoscimento*, cit., p. 571.

⁴⁹ M. FALLON, J. MEEUSEN, *Private international law*, cit., p. 50 e L. TOMASI, *La tutela*, cit., p. 104. *Contra*, ad esempio, P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 495 ss.

⁵⁰ O. FERACI, *Il riconoscimento*, cit., p. 571.

⁵¹ Corte giust., ordinanza del 24 giugno 2022, causa C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.

di una minore nei paesi membri dell'Unione europea e dunque il godimento delle libertà garantite dallo status di cittadina europea; dall'altro lato, che le questioni di stato civile rimanevano nell'ambito della competenza piena degli Stati membri. Il tribunale sospendeva dunque il procedimento e chiedeva alla Corte di giustizia se gli articoli 20, par. 2, lett. a), e 21, par. 1, TFUE, in combinato disposto con gli articoli 7, 21, par. 1, e 24, par. 2, Carta UE:

«debbono essere interpretati nel senso che ostano a che le autorità di uno Stato membro di cui un figlio minore è cittadino nechino a quest'ultimo la trascrizione del suo atto di nascita, rilasciato da un altro Stato membro, la quale è necessaria per consentirgli di ottenere un documento di identità dallo Stato membro di cui è cittadino, adducendo come motivazione che il diritto nazionale di quest'ultimo Stato membro non prevede la genitorialità di coppie dello stesso sesso e tale atto di nascita designa come genitori persone dello stesso sesso».

La Corte di giustizia ha – in un certo senso piuttosto sorprendentemente se si pensa al solo precedente *Pancharevo* – applicato l'art. 99 del regolamento di procedura in virtù del quale le è ammesso statuire con ordinanza motivata, su proposta del giudice relatore, nei casi in cui la risposta ad un quesito pregiudiziale possa essere “chiaramente” desunta dalla sua giurisprudenza. Secondo i giudici, questo era il caso.

La Corte ha dapprima ricordato che un cittadino di uno Stato membro che abbia esercitato la propria libertà di circolare e soggiornare in uno Stato membro diverso dal proprio Stato membro d'origine può avvalersi dei diritti connessi a tale mobilità e che allo stesso modo possono avvalersi dell'art. 21, par. 1, TFUE anche i cittadini dell'Unione nati nello Stato membro ospitante dei genitori che non si sono ancora avvalsi del diritto alla libera circolazione⁵². Per poter esercitare il diritto alla libera circolazione e al soggiorno nel territorio degli Stati membri, la Direttiva 2004/38 impone agli Stati il rilascio di un documento di identità⁵³. Le autorità polacche sono pertanto obbligate a rilasciare il documento che indichi la cittadinanza e il cognome della minore come risulta dall'atto di nascita emesso legittimamente dalle autorità spagnole. L'obbligo da parte dello Stato membro – la Polonia – di rilasciare un documento di identità è indipendente dalla trascrizione dell'atto di nascita nello stato civile. Se la trascrizione è *conditio sine qua non* per il rilascio del documento, la Polonia non può opporre il proprio diritto nazionale per rifiutare l'emissione⁵⁴. La libertà di circolazione e di soggiorno deve essere inoltre garantita nel territorio degli Stati membri con “ciascuna delle sue madri, il cui status di genitore sia stato accertato dallo Stato membro ospitante, nel caso di specie la Spagna⁵⁵. Poiché le autorità spagnole avevano accertato legalmente l'esistenza di un rapporto di filiazione, rilasciando opportuno documento, ad entrambe le genitrici deve essere riconosciuto il diritto di accompagnare il minore nell'esercizio di un diritto che discende dal proprio status di cittadina europea⁵⁶. Ne consegue – e la Corte lo ha considerato un ragionamento puramente logico, che deriva dall'applicazione dei trattati e dai diritti fondamentali come garantiti dalla Carta – che le

⁵² *Ivi*, par. 36.

⁵³ *Ivi*, par. 37.

⁵⁴ *Ivi*, par. 39, applicando per analogia *Pancharevo*.

⁵⁵ *Ivi*, par. 40.

⁵⁶ *Ivi*, par. 42.

autorità polacche «sono tenute» a riconoscere, mediante rilascio di un documento di identità, tale legame di filiazione per consentire alla minore di esercitare senza impedimenti, assieme all'una o all'altra madre, il diritto di circolazione e di soggiorno nel territorio degli Stati membri⁵⁷.

A tutela dell'identità dello Stato, così come in *Pancharevo*, la Corte ha ribadito che rilasciare un documento di identità e riconoscere il rapporto di filiazione tra il minore e ciascuno dei due genitori non significa che lo Stato membro debba prevedere nel proprio diritto nazionale la genitorialità di persone dello stesso sesso o di riconoscere, per fini *diversi* dalla libera circolazione delle persone prevista dai trattati, il rapporto di filiazione⁵⁸. Inoltre, come è noto, l'ostacolo all'esercizio della libertà di circolazione può essere giustificata solo se conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta. Ed ecco dunque emergere il ruolo dei diritti umani nella definizione dell'ordine pubblico di uno Stato. La Corte di giustizia ha richiamato invero il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7 della Carta UE) e i diritti del minore incluso il suo interesse superiore (art. 24). L'art. 7 della Carta UE comprende anche il rapporto del minore con le due persone con cui questi ha una vita familiare effettiva. La Corte si spinge anche oltre nel suo ragionamento, richiamando la Convenzione ONU del 1989 quale strumento interpretativo dell'art. 24 della Carta⁵⁹. Ai fini del caso oggetto dell'esame della Corte di giustizia, rileva il diritto del minore a non subire discriminazioni, incluse quelle «basate sull'orientamento sessuale dei suoi genitori»⁶⁰. Sarebbe dunque contrario ai diritti fondamentali di un minore privarlo del rapporto con uno dei genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri o di rendere *de facto* impossibile l'esercizio di tale libertà⁶¹.

La Corte ha concluso affermando che gli articoli dei trattati e della Carta dei diritti fondamentali invocati devono essere interpretati nel senso che, nel caso di un minore il cui atto di nascita rilasciato dallo Stato ospitante dei suoi genitori designa entrambi come esercenti la responsabilità genitoriale, è tenuto a rilasciare un documento di identità «senza esigere la previa trascrizione di un atto di nascita» nel registro nazionale dello stato civile e di riconoscere il documento emesso da un altro Stato membro che consente al minore di circolare senza impedimenti con uno o entrambi i genitori nel territorio dell'Unione⁶².

L'ordinanza si pone perfettamente in linea con la precedente sentenza *Pancharevo*, senza aggiungere ulteriori elementi di riflessione o di “apertura” nel diritto UE. Un'autrice aveva aperto la possibilità di un'interpretazione estensiva di alcune affermazioni della Corte in *Pancharevo*, in particolare là dove i giudici sottolineavano l'importanza di garantire una “vita familiare normale”: «leading a normal family life requires that the family is recognised as a family for all legal purposes, once its members have been admitted (together) into the territory of another Member State»⁶³. Benché sia certamente vero che una vita familiare normale non possa essere assicurata solo mediante la libertà di circolazione e di soggiorno in un altro Stato

⁵⁷ *Ivi*, par. 43.

⁵⁸ *Ivi*, par. 45.

⁵⁹ *Ivi*, par. 49.

⁶⁰ *Ivi*, par. 50.

⁶¹ *Ivi*, par. 51.

⁶² *Ivi*, par. 52.

⁶³ A. TRYFONIDOU, *Cross-border*, cit.

membro, non ci pare che si possa ricavare tanto dalla lettura delle due decisioni della Corte, che ribadisce peraltro in più punti il rispetto della competenza degli Stati membri in materia.

4. Una proposta nei soli limiti dello spazio europeo: oppure no?

Si deve precisare, prima di procedere allo studio dei possibili effetti sull'ordine pubblico internazionale degli Stati membri dell'UE, che sia la proposta di Regolamento sia le decisioni della Corte di giustizia dell'UE in esame sono radicate nel sistema dell'Unione europea, che quindi "cede il passo" di nuovo al diritto internazionale privato dello Stato membro in questione – ad esempio quello di residenza del singolo o della coppia di genitori – nel caso in cui si tratti di una situazione che non presenta alcun collegamento con il diritto europeo. Così, ad esempio, nel caso di una surrogazione di maternità eterologa in Ucraina, richiesta da una coppia *same-sex* o etero, l'accertamento della filiazione è disciplinato, in base alla proposta di Regolamento, dalla legge dello Stato di residenza abituale di colei che partorisce al momento della nascita: dunque, l'Ucraina, la cui legislazione ammette che la filiazione sia accertata a favore della coppia contraente anche se solo uno dei due componenti della coppia è biologicamente legato al minore. Il riconoscimento di questo atto nello spazio giudiziario della UE seguirà le procedure di diritto internazionale privato dello Stato di residenza e/o nazionalità (Stato membro UE) dei componenti della coppia. Precisa, infatti, la Commissione nella relazione che accompagna la proposta di Regolamento, che «il riconoscimento o l'accettazione di tali documenti rilasciati in uno Stato terzo continueranno a essere disciplinati dal diritto nazionale»⁶⁴. La proposta si applica al riconoscimento della filiazione di tutti i figli, indipendentemente dalla loro cittadinanza e da quella dei genitori, a condizione che la filiazione sia stata accertata in uno Stato membro e non in uno Stato terzo⁶⁵.

La proposta non risolve dunque, per i limiti derivanti dalle competenze dell'Unione, tutti i casi di filiazione, determinando una disparità di trattamento tra minori nati con tecniche di fecondazione o surrogazione che acquisiscono la cittadinanza dell'Unione o la residenza nello spazio europeo e minori che invece nascono in paesi terzi, ad esempio da madri surrogate residenti extra-UE. A tale riguardo, nonostante quanto indicato dalla Commissione europea, ci si potrebbe chiedere quanto segue: se, in base al diritto di uno Stato membro, nell'applicazione del proprio diritto internazionale privato, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, venisse rilasciato un nuovo atto di nascita sulla base dell'atto di nascita ucraino, tale atto rientrerebbe nel campo di applicazione del Regolamento (una volta, naturalmente, che quest'ultimo sia stato adottato e sia entrato in vigore)? Si potrebbe dunque ammettere un'esclusione formale nel testo del Regolamento e un rientro nella prassi della circolazione di documenti di accertamento della filiazione che avvengono solo originariamente in uno Stato terzo, ma che vengono trasposti in un nuovo atto pubblico di uno Stato membro dell'UE la cui legislazione ciò consente? Se fosse, questa, una interpretazione plausibile delle disposizioni del Regolamento, ci pare che l'atto di diritto derivato avrebbe una portata ancor più innovativa e sarebbe in grado di realizzare la circolazione degli status avendo bene in mente l'interesse dei minori nati in particolare attraverso surrogazione in Stati terzi (che avviene perlopiù al di fuori

⁶⁴ Proposta, par. 1.

⁶⁵ *Ibid.*

dell'UE), in modo che non vengano discriminati rispetto a minori nati con surrogazione di maternità in uno degli Stati membri UE.

Rileva invero autorevole dottrina che i diritti fondamentali di un individuo, che ne determinano l'identità, hanno un primato sui sistemi nazionali di diritto internazionale privato⁶⁶. È quanto emerge dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Così, ad esempio, in *Wagner*⁶⁷, relativo al mancato riconoscimento da parte di una corte del Lussemburgo di una decisione, resa dal tribunale del Perù, di adozione da parte di una cittadina lussemburghese di un minore di cittadinanza peruviana, la Corte di Strasburgo ha ritenuto vi fosse stata una indebita ingerenza nel diritto della ricorrente e del minore al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU. Nonostante la legislazione del Lussemburgo non ammetta l'adozione piena da parte di un single, le corti di quello Stato non possono ragionevolmente non considerare lo status giuridico validamente creato all'estero, corrispondente alla vita familiare di cui all'art. 8 CEDU. Con riguardo alla surrogazione di maternità, la Corte europea si è pronunciata più volte, incluso nei due casi francesi *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*⁶⁸, ritenendo che il mancato riconoscimento della relazione genitore-figlio (nei due casi il legame biologico era presente con uno dei componenti della coppia) legalmente stabilita all'estero costituisca violazione del diritto al rispetto della vita privata, intesa come definizione da parte del minore della propria identità personale. La Corte di Strasburgo ha richiamato più volte il principio del superiore interesse del minore, che "limita" il margine di apprezzamento degli Stati nella definizione del proprio ordine pubblico⁶⁹. Un'autrice ha trasferito, *mutatis mutandis*, il medesimo ragionamento nel quadro del sistema UE, argomentando a favore di una trasposizione di questa interpretazione dell'art. 8 CEDU nel contesto UE⁷⁰.

⁶⁶ A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 283, 2000, p. 97 ss.; R. BARATTA, *La reconnaissance*, cit., p. 354 ss.

⁶⁷ Corte EDU, sentenza del 28 giugno 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01.

⁶⁸ Corte EDU, *Menesson c. Francia*, ricorso n. 65192/11, e *Labassee c. Francia*, ricorso n. 65941/11, sentenze del 26 giugno 2014. Sul punto si veda, *inter alia*, tra i numerosi contributi, C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *RDIPP*, 2009, p. 589 ss.; ID, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova giur. comm.*, 2014, p. 1132 ss.; H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, *Reconnaissance ou reconstruction?: à propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Menesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 1 ss.; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.; M. DISTEFANO, *Maternità surrogata ed interesse del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *GenIUS*, 1/2015, p. 160 ss.; R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 309 ss.; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status*, cit., p. 137 ss.; K. TRIMMINGS, *Surrogacy arrangements and the best interest of the child: the case law of the European Court of Human Rights*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI, *op. cit.*, p. 187 ss.; MC. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altre corti*, in *RDIPP*, 2020, p. 290 ss.

⁶⁹ R. BARATTA, *Recognition of foreign status filii: pursuing the best interests principle*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI, *op. cit.*, p. 176.

⁷⁰ A. TRYFONIDOU, *Rainbow families and EU free movement law*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI, *op. cit.*, pp. 92-93.

5. Oltre *Pancharevo* e *Mediatore polacco*: restringimento dell'ordine pubblico internazionale degli Stati membri o rafforzamento dell'ordine pubblico dell'Unione europea?

La proposta di Regolamento, come si è visto, si spinge oltre quanto deciso dalla Corte di giustizia dell'UE in *Pancharevo* e *Mediatore polacco*, perché prevede il riconoscimento automatico delle decisioni e la trascrizione automatica degli atti in materia di accertamento della filiazione, a prescindere dal loro essere funzionali all'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno dei minori, e “crea” un certificato europeo di filiazione (art. 46) che può essere rilasciato per essere utilizzato in un altro Stato membro senza tuttavia sostituire documenti interni utilizzati per scopi analoghi. La proposta, in altri termini, supera il limite di un riconoscimento “funzionale” e realizza appieno il diritto ad una normale vita familiare, come suggerito da una lettura delle sentenze della Corte EDU. Del resto, garantire la libera circolazione e il soggiorno in un altro Stato membro non è sufficiente a consentire la piena espressione di una vita familiare che si compone di molteplici elementi, inclusa, ad esempio, la stessa prova della genitorialità⁷¹.

Con riferimento al campo di applicazione della proposta, essa è comunque volta a restringere il campo d'azione dell'ordine pubblico dello Stato nel momento in cui una decisione di filiazione legittimamente resa in uno Stato membro venga sottoposta alle autorità di un altro Stato membro che non prevede le medesime modalità di riconoscimento della filiazione, perché – ad esempio – non viene ammessa la genitorialità da parte di persone dello stesso sesso o non sono considerate legittime le medesime tecniche di riproduzione artificiale⁷². Come è noto, l'ordine pubblico è un meccanismo di difesa di uno Stato di fronte a situazioni aventi elementi di estraneità il cui riconoscimento potrebbe ledere valori fondamentali dell'ordinamento. Senza evidentemente esaurire la complessità di un interessante dibattito che attraversa il tempo e lo spazio⁷³, si deve osservare che l'ordine pubblico di uno Stato ha subito l'influenza – e l'interferenza per certi aspetti – degli ordinamenti sovranazionali, quali il sistema di tutela dei diritti umani fondamentali della Corte europea e l'Unione europea. Così, si è parlato di ordine pubblico “attenuato”: il metodo del riconoscimento degli status giuridici della persona, in quanto legato alla protezione dei diritti umani fondamentali, in particolare il rispetto del diritto alla vita privata e familiare, conduce ad una “applicazione *cum grano salis* dell'ordine pubblico”, un effetto attenuato di questo limite tradizionale del diritto internazionale privato⁷⁴.

⁷¹ O. FERACI, *Il riconoscimento*, cit., p. 574.

⁷² Si veda, *inter alia*, M. WELLS-GRECO, *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements*, L'Aja, 2015.

⁷³ Si veda tra i primi scritti, ad esempio e senza pretesa alcuna di esaustività, G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *RDI*, 1954, p. 82 ss.; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Parigi, 1959; G. BARILE, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, p. 1105 ss. Sulla nozione di ordine pubblico “fluttuante”, D. CARREAU, F. MARRELLA, A. HAMANN, *Droit international*, 13 ed., Parigi, 2022, p. 771.

⁷⁴ R. BARATTA, *La reconnaissance internationale*, cit., p. 492. Si veda, con riferimento alle *registered partnership*, G. ROSSOLILLO, *Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *RDIPP*, 2003, p. 363 ss., p. 394: partendo dalla teoria francese dell'ordine pubblico attenuato (ad esempio A. BUCHER, *L'ordre public et le but social en droit international privé*, in *Recueil des cours*, vo. 239, 1993, p. 9 ss.), Rossolillo argomenta che «l'attenuazione del limite dell'ordine pubblico deriverebbe pertanto dalla finalità, sottesa agli istituti dell'unione registrata e del matrimonio tra persone dello stesso sesso, di garantire i principi di uguaglianza e di tutela dell'individuo all'interno delle formazioni sociali

Considerato che l'ordine pubblico internazionale è un concetto che varia nel tempo e nello spazio, si potrebbe forse ritenere che, anche e soprattutto in materia di riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione, esso viene "modellato", più che "ristretto", grazie allo sviluppo dei diritti umani fondamentali, incluso i diritti dei minori. Del resto, la presunta neutralità del diritto internazionale privato è da tempo stata smentita grazie anche all'influenza della giurisprudenza della Corte EDU. "Law is not blind" ed è necessario continuare un dibattito sul diritto internazionale privato della famiglia secondo una prospettiva di *diritti*⁷⁵. Nel campo del riconoscimento di decisioni in materia di accertamento della filiazione, il cuore del ragionamento deve basarsi sui diritti del minore, come garantiti dalla Carta UE, interpretata alla luce della Convenzione europea dei diritti umani. Così, ad esempio: il diritto del minore al rispetto della vita privata e familiare, il diritto ad essere ascoltato, il *best interest of the child*. Il superiore interesse del minore non è una mera formula priva di sostanza, ma assume la funzione di criterio giuridico rilevante⁷⁶. Tale *best interest* è stato altresì interpretato quale controlimite all'operare dell'ordine pubblico⁷⁷. Ne consegue che i diritti umani fondamentali come interpretati dalla Corte EDU e alla luce degli strumenti giuridici internazionali rilevanti costituiscono quel "nucleo di principi" che è entrato a far parte anche dell'ordine pubblico dell'Unione⁷⁸. Oltre che a restringere, o "attenuare" ulteriormente l'ordine pubblico degli Stati membri, la proposta di Regolamento in materia di status di filiazione sembra avanzare e rafforzare un autentico ordine pubblico dell'Unione europea, inteso nella sua funzione positiva, o comunque nel senso di promozione di «imperativi giuridici uniformi»⁷⁹, al fine di garantire tanto le libertà garantite dai trattati quanto i diritti umani fondamentali *in quanto* patrimonio europeo. In altri termini, la prospettiva potrebbe evolvere nel senso di non indagare più quanto ristretto diventa l'ordine pubblico internazionale degli Stati, ma quanto, piuttosto, si "rafforza" l'ordine pubblico dell'Unione europea, che ha incorporato principi quali il *best interest of the child* e che per questa via si svincola dal mero legame con la realizzazione delle libertà enunciate nei trattati quale espressione della cittadinanza europea.

A riguardo, come già anticipato in dottrina, la proposta di Regolamento pone l'accento sul principio del riconoscimento automatico, che acquista il significato di eccezione dell'eccezione dell'ordine pubblico internazionale dei singoli Stati, bloccando i meccanismi di operatività del diritto internazionale privato tradizionalmente intesi. Esso non è un meccanismo

entro le quali si svolge la sua personalità, sanciti rispettivamente dagli articoli 3 e 2 della nostra Costituzione». Si veda altresì C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2014, p. 1132 ff. T

⁷⁵ R. BARATTA, *Recognition*, cit., p. 416. Sulla relazione tra diritto internazionale privato e diritti umani i contributi sono numerosissimi. Ci limitiamo qui ad indicare: E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in *Recueil des cours*, vol. 251, 1995, p. 13 ss.; P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des cours*, 2005, vol. 318; L. PICCHIO FORLATI, *Critères de rattachement et règles d'applicabilité à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 907; F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti di diritto internazionale privato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 549 ss.

⁷⁶ R. BARATTA, *Recognition*, cit., p. 421.

⁷⁷ Si veda S. TONOLO, *L'identità personale*, cit., p. 207, riferendosi alla sentenza *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*; M. DISTEFANO, *The best interests of the child principle at the intersection of private international law and human rights*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI (eds), *op. cit.*, p. 157 ss.

⁷⁸ Sulla distinzione tra *ordre public européen* e ordine pubblico dell'Unione, O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 335; e sul riconoscimento delle sentenze, B. NASCIBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e ordine pubblico europeo*, in *RDIPP*, 2002, p. 659 ss.

⁷⁹ O. FERACI, *L'ordine pubblico*, cit., p. 341.

sterile o avulso dal contesto supra- e internazionale, che è quello dell'affermazione dei diritti umani fondamentali. L'ordine pubblico europeo assumerebbe dunque un carattere di tutela, che va modellato necessariamente nel tempo, in quanto tiene conto dell'evoluzione della società. Tale evoluzione si vede chiaramente nella proposta del Regolamento stesso: anche se la proposta non diventerà atto vincolante o i suoi contenuti saranno modificati significativamente, essa è dimostrazione di un dibattito, che contempla necessariamente il diritto internazionale privato, ed è volto ad assicurare la continuità degli status familiari, nello specifico le questioni di genitorialità. Così, oltre un decennio prima della sentenza *Pancharevo*, Baratta già teorizzava un "principio non scritto di mutuo riconoscimento delle situazioni giuridiche personali e familiari nello spazio interno dell'Unione"⁸⁰. Il principio del riconoscimento automatico è una deroga alle regole di diritto internazionale privato dello Stato che "accoglie" l'atto di riconoscimento di filiazione emanato (legittimamente) in un altro Stato. Secondo l'interpretazione di Fallon e Meeusen, l'eccezione di ordine pubblico è soggetta all'eccezione del mutuo riconoscimento, che di per sé – in linea con quanto affermato tanto nelle decisioni della Corte quanto nella proposta di Regolamento – «is not directed against the applicable substantive law as such, but it affects the decision whether that law shall apply in the particular case»⁸¹.

La proposta di Regolamento, ostacolata fin dalla sua pubblicazione da alcuni Stati come Polonia e Ungheria che non ammettono il riconoscimento di situazioni familiari quali quelle qui descritte, si giustifica anche senza che il riconoscimento dello status sia legato all'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino dell'Unione, elemento che la Corte di giustizia aveva reputato necessario, proprio alla luce degli elementi qui esposti. In altri termini, in base ad un ordine pubblico dell'UE rafforzato che contempla il mutuo riconoscimento quale eccezione dell'eccezione dell'ordine pubblico internazionale degli Stati membri UE di cui si è detto, la proposta "cristallizza" un ragionamento che avrebbe potuto ricavarsi anche dalla lettura, certo evolutiva, ma comunque potenzialmente radicata nelle competenze dell'UE, dei trattati alla luce del rispetto dei diritti umani fondamentali⁸². Benché ragionando sulla sentenza *Coman*, relativa ad un matrimonio *same-sex*, un autore ha osservato che essa contribuisce alla definizione di un «véritable ordre public européen», che traccia dei limiti che gli Stati non possono valicare senza mettere in pericolo i valori comuni iscritti nei trattati e nella Carta UE. In altri termini, un ordine pubblico europeo, rafforzato come qui si è sostenuto, non dice agli Stati "ciò che devono fare, ma dice loro ciò che non possono, o non possono più, fare",

⁸⁰ R. BARATTA, *La reconnaissance*, cit., p. 405. Così anche, nel 2000, F. Rigaux sosteneva che il principio di libera circolazione nel sistema UE "impone" di riconoscere effetto a "contratti di vita", quali le unioni *same-sex* (cfr. F. RIGAUX, *Plaisir, interdits et pouvoir. Une analyse des discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et la race*, Antwerpen, 2000, p. 29). Non entriamo qui nel dibattito sulle dottrine relative al mutuo riconoscimento. Si veda M. FALLON, J. MEEUSEN, *op. cit.*, p. 51 ss. Sul riconoscimento, si veda altresì, P. LAGARDE, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?*, in *Recueil des cours*, vol. 371, 2014, p. 9 ss.; P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Parigi, 2005, p. 547 ss.

⁸¹ M. FALLON, J. MEEUSEN, *op. cit.*, p. 66.

⁸² G. KESSLER, *Le droit international privé*, cit., p. 111.

imponendo degli obblighi negativi di non porre in essere azioni discriminatorie nei confronti di talune categorie di persone⁸³.

5.1. Ordine pubblico rafforzato dell'Unione europea e frode alla legge

La proposta di Regolamento tende anche a superare il “forum shopping” in materia di accertamento della filiazione e riduce le possibilità di frode alla legge⁸⁴. Come è stato rilevato, infatti, non vi è abuso se fori alternativi sono messi a disposizione dal legislatore europeo, ma sussiste, piuttosto, quando la circostanza di collegamento è artificialmente costruita, ovvero quando le parti sfruttano in modo fraudolento la normativa europea per ovviare a normative restrittive di uno Stato membro⁸⁵. La *fraude à la loi* non sussiste: se esiste un collegamento con la legge applicabile straniera in base alle regole di diritto internazionale privato dello Stato del foro; se la legge applicabile è giustificata da circostanze di fatto o giuridiche che non sono “prodotte”⁸⁶.

Ci si potrebbe chiedere se si possa davvero biasimare una coppia che cerca di realizzare – legalmente in uno Stato che lo permette – il proprio desiderio di genitorialità e di vedere riconosciuti ad entrambi i componenti della coppia il diritto ad una vita familiare protetto dalla CEDU, anche ovviando, consapevolmente e intenzionalmente, alle norme del proprio Stato di origine. Non si può invero disconoscere la realtà di famiglie che lottano per la genitorialità e trovano nella libera circolazione delle persone l'unico strumento per perseguire questo obiettivo⁸⁷.

La proposta di Regolamento tende a superare il rischio di frode alla legge, quantomeno intra-UE, in quanto prevede regole molto rigide con riferimento alla legge applicabile all'accertamento della filiazione, “corrette”, come si è visto *supra*, per ovviare ai limiti di leggi che non riconoscono le unioni *same-sex*. In altri termini, il “forum shopping”, consentito in base alle regole per la legge applicabile contenute nella proposta di Regolamento, resta un'opzione per il genitore c.d. “intenzionale”. Così, ad esempio, nel caso di una coppia *same-sex*, una cittadina italiana (madre partoriente) e una cittadina bulgara, con nascita del figlio in Spagna, si applicherebbe in base alla proposta di Regolamento la legge italiana, che non prevede il riconoscimento della filiazione di entrambi i genitori *same-sex*, e, per il secondo genitore, la legge dello Stato di nascita del figlio.

Tre considerazioni possono svolgersi a riguardo. La prima è che, benché la Commissione dichiari di non voler interferire con il diritto interno di uno Stato in materia di accertamento

⁸³ J.-Y. CARLIER, *Vers un ordre public européen des droits fondamentaux – l'exemple de la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe dans l'arrêt Coman*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 1, 2019, p. 203 ss., p. 224 e 227.

⁸⁴ E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi. Etude de droit international privé de la famille*, Paris, 2006, p. 40 ss.

⁸⁵ E. DI NAPOLI, *op. cit.*, p. 913.

⁸⁶ F. SALERNO, *The identity and continuity*, cit., p. 133.

⁸⁷ Ha parlato di “esilio” e non di “turismo” riproduttivo A. PIGA, *Leggi e norme sulla PMA: il panorama legislativo europeo*, in L. LOMBARDI, S. DE ZORDO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita e le sue sfide. Generi, tecnologie ed uguaglianze*, Milano, 2013, p. 112. Così anche M.M. WINKLER, *Senza identità: il caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *GenIUS*, 2015, p. 245. Si potrebbe parlare, in modo neutrale, di “mobilità riproduttiva”, che non contiene giudizi di valore. ma si focalizza sull'oggettivo dato dello spostamento di persone per il raggiungimento di un obiettivo di genitorialità.

della filiazione, formalmente ciò è vero, ma in pratica, incidendo sulla legge applicabile e sull'ordine pubblico internazionale di uno Stato, inevitabilmente spinge verso una chiara direzione. La seconda riguarda specificatamente la surrogazione di maternità, che è questione morale ed etica prima ancora che giuridica, avendo alla base sempre e comunque – tranne forse in pochi casi di surrogazione come “dono” e senza scopo commerciale – lo sfruttamento del corpo della donna⁸⁸. La proposta di Regolamento non si occupa, quantomeno espressamente, salvo quanto si è detto *supra*, di casi di ricorso a questa pratica in Stati terzi. La soluzione forse non riposa in meccanismi di diritto internazionale privato, ma piuttosto in strumenti di diritto internazionale dei diritti umani che consentano di regolamentare la surrogazione di maternità affinché non diventi commercio di minori e violazione dei diritti umani fondamentali tanto del minore quanto della donna partoriente⁸⁹. La terza riguarda il principio di non-discriminazione. La proposta di Regolamento si basa su questo principio, ma non riesce ad ovviare alla più palese delle discriminazioni: quella basata sulla condizione sociale ed economica delle coppie. In base al *forum shopping* che si è detto, vi sarà sempre la coppia che avrà la disponibilità economica per coprire i costi di una nascita in un paese che consenta l'accertamento della filiazione anche a vantaggio del secondo genitore, o che conosca e ha le competenze per capire i meccanismi complessi di riconoscimento nei vari Stati membri dell'UE, ma ci saranno anche casi che rimarranno imbrigliati nelle maglie di un diritto interno che rifiuta di valorizzare la diversità e l'evoluzione del concetto di famiglia nel tempo e nello spazio. Come indica bene un autore: è davvero necessario sanzionare i genitori di intenzione che non si sono mostrati altrettanto abili rispetto ad altri nel «maniement des arts bureaucratiques»⁹⁰?

5.2. L'ordine pubblico internazionale di uno Stato membro come “residuale” nei casi di accertamento della filiazione

Da ultimo, si deve riconoscere che il meccanismo dell'ordine pubblico internazionale degli Stati membri non viene completamente meno, ma assume una funzione “residuale”. L'eccezione dell'ordine pubblico, in altri termini, dovrebbe essere invocata solo nel caso in cui si manifesti una vera e propria minaccia ad interessi dello Stato⁹¹. È stato osservato, pur con riferimento ad un altro tema ovvero l'accesso alla cura, che la possibilità offerta dall'ordinamento del diritto UE e internazionale indeboliscono la capacità sanzionatoria dello Stato nei confronti dei divieti nazionali⁹². È allora necessario ridefinire la soglia di “intollerabilità” per l'ordinamento ricevente attraverso un ordine pubblico «reconstruit dans

⁸⁸ Si veda, ad esempio, in prospettiva femminista, M. LYNDON SHANLEY, “*Surrogate Mothering*” and women's freedom: a critique of contracts for human reproduction, in *Signs*, 18(3), 1993, p. 618 ss.; E. S. SCOTT, *Surrogacy and the politics of commodification*, in *Law and Contemporary Problems*, 72(3), 2009, p. 109 ss.; I. ELFER, *Alienation, commodification, and commercialization: a feminist critique of commercial surrogacy agreements through the lens of labor exploitation and U.S. organ donation law*, in *Hastings Women's L.J.*, n. 33, 2022, p. 151 ss.

⁸⁹ Sulla situazione attuale in Ucraina a seguito dell'aggressione da parte della Russia, dove decine di minori nati da surrogazione di maternità non hanno possibilità di raggiungere le loro famiglie “intenzionali”, si veda ad esempio L. CARPANETO, *La protezione dei bambini provenienti dall'Ucraina attraverso gli strumenti di diritto internazionale privato*, in *SIDIBlog*, 2022, <http://www.sidiblog.org/2022/09/01/la-protezione-dei-bambini-provenienti-dallucraina-attraverso-gli-strumenti-di-diritto-internazionale-privato/>

⁹⁰ G. KESSLER, *Le droit international*, cit., p. 111.

⁹¹ *Ivi*, p. 114.

⁹² C. CAMPIGLIO, *Valori fondamentali dell'ordinamento e scelte di cura transfrontaliere*, in *RDIPP*, 2016, p. 410 ss.

sono contenu et restructuré dans son régime», quindi non più (soltanto) strumento nelle mani dello Stato ma “espressione dei suoi principi essenziali nel quadro di un bilanciamento ‘globale’ degli interessi in gioco”⁹³.

Caso emblematico è *Paradiso e Campanelli*, deciso da una sezione della Corte EDU nel 2015 e poi, a seguito di ricorso da parte dello Stato italiano alla Grande Camera, nel 2017⁹⁴. I coniugi Paradiso e Campanelli avevano stipulato un contratto di gestazione per conto di terzi presso una clinica in Russia dalla quale, alla nascita, avevano ottenuto un certificato attestante il rapporto di filiazione. Il certificato non indicava che la nascita era derivata da un contratto di surroga di maternità. Al rientro dei coniugi in Italia, le autorità italiane, che nel frattempo avevano ricevuto informazioni dal consolato italiano di Mosca, avevano rifiutato la trascrizione del certificato per esigenze di tutela dell’ordine pubblico e avviato indagini per i reati di falsa attestazione e per la violazione della legge sulle adozioni. Le indagini in effetti confermavano l’assenza del legame biologico con la coppia. Il piccolo di tre mesi era stato sottratto ai coniugi e affidato ad una coppia di genitori adottivi. Da qui il ricorso alla Corte EDU. La seconda sezione della Corte europea aveva ravvisato una violazione dell’art. 8 CEDU da parte dell’Italia, ritenendo che le autorità italiane non avessero bilanciato i vari interessi in gioco: in particolare, il ragionamento si basava sull’estensione del concetto di vita familiare alla situazione che si era venuta a creare, ancorché per pochi mesi, tra la coppia e il bambino⁹⁵. A seguito della sentenza, il Governo italiano presentava richiesta di rinvio alla Grande Camera, la quale per valutare la sussistenza di una “vita familiare” ai sensi dell’art. 8 CEDU, ha riconosciuto che i legami biologici non siano strettamente necessari, purché sussistano “legami personali genuini”⁹⁶. Senza entrare nei dettagli del caso, che esulano dallo scopo del lavoro, è opportuno osservare come la Corte abbia valutato l’elemento della *durata* del rapporto familiare necessaria affinché si possa stabilire una vita familiare *de facto*. Per la Corte, sei mesi di permanenza in Italia non erano sufficienti. Tuttavia, la durata – criterio certamente discutibile se comparato alla qualità di una relazione familiare – è solo un aspetto dell’analisi che ha offerto la Corte, che si è poi concentrata sul comportamento *contra legem* della coppia. La Corte ha sostenuto infatti che erano stati i ricorrenti a creare quella situazione di incertezza giuridica mediante un comportamento contrario alla legge italiana⁹⁷. La Grande Camera ha concluso nel senso che non vi fosse stata violazione dell’art. 8 CEDU: pur non sottovalutando l’impatto di una

⁹³ H. FULCHIRON, *La reconnaissance, jusqu’à où?*, in *Le droit à l’épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l’honneur du professeur Bertrand Ancel*, Parigi, 2018, p. 665.

⁹⁴ Corte EDU [seconda sezione], sentenza del 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/12; [GC], sentenza del 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ricorso n. 25358/1. Sul caso, si veda tra gli altri, O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all’estero e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 7(2), 2015, p. 420 ss.; L. POLI, *La Grande Camera e l’ultima parola su Paradiso e Campanelli*, in *SIDIBlog*, 2017, <http://www.sidiblog.org/2017/02/21/la-grande-camera-e-lultima-parola-sul-caso-paradiso-e-campanelli/>; M. GERVASI, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, p. 1 ss.; A VIVIANI, *Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le ‘famiglie di fatto’?*, in *GenIUS*, 1, 2017, p. 78 ss.; M. GERVASI, *The European Court of Human Rights and technological development: the issue of the continuity of the family status established abroad through recourse to surrogate motherhood*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2018, p. 213 ss., in part. p. 224 e p. 232 ss.

⁹⁵ *Paradiso e Campanelli*, 2015, cit., par. 69.

⁹⁶ *Paradiso e Campanelli*, 2017, cit., par. 148.

⁹⁷ *Paradiso e Campanelli*, 2017, cit., par. 156.

separazione sulla vita di una coppia, la Corte ha ritenuto attribuire maggiore peso all'interesse generale in gioco. Invero, riconoscere la situazione avrebbe "equiviso a legalizzare la situazione [creata dai ricorrenti] in violazione di norme importanti del diritto italiano"⁹⁸. Siccome i giudici italiani avevano verificato che la separazione non avrebbe comportato un pregiudizio grave e irreparabile al minore, questi hanno "garantito" l'equilibrio degli interessi in gioco, nei limiti del margine di apprezzamento concesso allo Stato in materia.

La situazione nel caso di specie è problematica in particolar modo per la posizione delicata dei minori nati con surrogazione di maternità, specialmente laddove manchi legame genetico con i componenti della coppia. I minori, infatti, non sono responsabili della situazione creatasi, eppure sono le principali vittime di violazione dei diritti umani fondamentali, anche nell'ipotesi di una separazione conseguente a comportamento fraudolento dei genitori. Si potrebbe dunque ammettere, alla luce del superiore interesse del minore, la necessità di un riconoscimento della situazione *de facto*, anche in ipotesi di violazione (grave) della legge nazionale, magari limitatamente ad alcuni effetti dell'atto (vedi funzionalità all'esercizio della libera circolazione intra-UE)? Oppure sarebbe preferibile, mediante il meccanismo dell'ordine pubblico internazionale, contemplare un'ipotesi di "manifesta", leggasi grave, violazione della legge, come indicata nella proposta di Regolamento, ad esempio in presenza di un atto illegale? Del resto, era la gravità della frode a destare preoccupazione, non tanto la volontà di realizzare un progetto di genitorialità. In altri termini, la coppia avrebbe potuto realizzare il proprio progetto di famiglia in modo perfettamente legale, ma aveva deciso di "acquistare" il figlio nel quadro di quello che è stato, agli occhi dei giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov, un traffico di esseri umani⁹⁹.

La proposta di Regolamento conserva dunque un margine per gli Stati: il limite dell'ordine pubblico internazionale si ripresenta sia dove la situazione sia puramente non-UE (con il distinguo che si sono proposti *supra*), sia, anche qualora la situazione fosse intra-UE, là dove vi siano gravi forme di violazione della legge dello Stato cui è richiesto il riconoscimento. La gravità non è data dall'aver sfruttato la libera circolazione dei cittadini dell'Unione per realizzare un progetto di genitorialità – libertà che la proposta di Regolamento del Consiglio sembra "legittimare", come si è detto – ma da serie forme di frode alla legge che mettono in discussione la genuinità della richiesta dei ricorrenti¹⁰⁰.

6. Conclusioni

La proposta di Regolamento del Consiglio qui in esame, qualora diventasse un atto di diritto derivato dell'Unione, consentirà il mutuo riconoscimento delle decisioni in materia di

⁹⁸ *Ivi*, par. 215.

⁹⁹ G. KESSLER, *Le droit international*, cit., p. 115. Sull'allontanamento del minore dalla coppia da parte dei giudici italiani, un autore ha commentato come questi abbiano "puntato tutto sul furore punitivo nei confronti della coppia anziché sui diritti del minore": M.M. WINKLER, *Senza identità*, cit., p. 256.

¹⁰⁰ Si veda F. DEANA, *Rapporti e status*, cit., p. 173, che conclude nel senso che il superiore interesse del minore non è valore giuridico assoluto, in quanto non preclude al giudice di prendere in considerazione e far valere altre esigenze. Tuttavia, nell'ipotesi residuale di cui si è detto, si potrebbe dire che il superiore interesse del minore viene tutelato proprio dal non riconoscimento dello status, che nasce da una grave violazione, ad esempio da casi di tratta di minori o altre forme di sfruttamento. Sulla non automatica prevalenza in ogni caso del superiore interesse del minore, si veda altresì la risoluzione dell'*Institut de droit international*, *supra* citata, e il commento di O. FERACI, *Art. 14*, cit., p. 608.

filiazione a prescindere dalle modalità di concepimento del minore e dalla natura della relazione giuridica della coppia, realizzando, di fatto, appieno le libertà di circolazione e di soggiorno previste nei trattati, nonché garantendo al minore e al/ai genitore/i piena tutela anche nell'accesso ad ulteriori servizi. Si è argomentato che l'analisi dovrebbe spostarsi dalla verifica del livello di restrizione dell'ordine pubblico internazionale degli Stati membri UE all'accertamento del livello di "rafforzamento" dell'ordine pubblico dell'Unione europea, che per il tramite del meccanismo del mutuo riconoscimento, si carica di importanti imperativi giuridici, quali la tutela del superiore interesse del minore e la protezione dei diritti umani fondamentali. L'ordine pubblico internazionale degli Stati membri non viene meno, ma resta residuale, volto a proteggere l'ordinamento da situazioni serie e pregiudizievoli, ad esempio nella frode alla legge – da distinguersi necessariamente dal *forum shopping* – che la proposta di Regolamento, alla luce di quanto si è detto, legittima con riferimento al genitore o alla genitrice c.d. "intenzionale" o "sociale". La proposta si colloca nel solco tracciato dalla Corte EDU, il cui «nocciolo fondamentale» è dato «dall'obbligo dei giudici statali di vagliare, sempre in riferimento al preminente interesse del minore, la necessità di un eventuale riconoscimento del rapporto di filiazione indipendentemente dall'ordinamento in base al quale è stato creato»: giungendo però al più rilevante risultato di un «riconoscimento diretto» delle situazioni giuridiche comunque formate all'estero secondo un metodo che è tuttavia sconosciuto – fintantoché non entrerà in vigore il Regolamento – «a sistemi di diritto internazionale privato come il nostro»¹⁰¹.

Da ultimo, ci si dovrebbe chiedere se la proposta passerà il vaglio del Consiglio e se saranno apportati degli emendamenti. Difficile prevedere l'esito, considerate le posizioni di alcuni Stati sul tema della circolazione dei rapporti di filiazione¹⁰². La proposta, tuttavia, anche nella più funesta delle ipotesi, ovvero la mancata adozione del Regolamento, ha il grande pregio di aver (ri)aperto un dibattito importante, stimolato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Proprio la Corte potrebbe, in future decisioni, spingersi anche oltre nel ragionamento giuridico¹⁰³, nel tentativo di realizzare un riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione guidato dal rispetto dei diritti umani fondamentali, nonché illuminato dal superiore interesse del minore; quest'ultima non è mera formula di facciata, ma diventa imperativo giuridico e parte integrante di un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea.

¹⁰¹ R. CLERICI, *Stato di filiazione*, cit., p. 465 e la relativa bibliografia relativa ai casi italiani.

¹⁰² S. GÖSSL, M. MELCHER, *Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero europea – un reto para la legislación nacional*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 1012 ss.

¹⁰³ Sul ruolo della Corte di giustizia, si veda l'osservazione di J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, pp. 204-205.