



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

**Rapporto del Consiglio federale
in risposta al postulato 12.3917
(rapporto sulla maternità surrogata)
della consigliera nazionale Jacqueline Fehr
del 28 settembre 2012**

Compendio

In tutto il mondo vi sono numerose cliniche specializzate e agenzie di mediazione che offrono trattamenti di procreazione assistita. Le offerte s'indirizzano a coppie o persone singole impossibilitate a procreare in modo naturale. La maternità surrogata è una delle possibilità offerte nell'ambito della medicina procreativa: il concepimento e la fecondazione non avvengono più nel corpo della donna. Alla madre surrogata s'impiana un ovocita fecondato proveniente di regola da un'altra donna. Dopo la nascita, la madre surrogata consegna il bambino a una coppia o alle persone che desiderano diventare genitori del bambino. Nell'ambito di tale contesto, il presente rapporto parlerà di genitori intenzionali. È noto che in particolare l'India, la Georgia, l'Ucraina e alcuni Stati degli USA hanno una prassi e una legislazione liberali. Oggi in alcune regioni di tali Paesi, i centri specializzati in medicina procreativa costituiscono un rilevante fattore economico.

In Svizzera, ma anche nella maggior parte dei Paesi limitrofi, la maternità surrogata è vietata (art. 119 cpv. 2 lett. d della Costituzione federale della Confederazione Svizzera). Nonostante tale divieto, vi sono persone residenti in Svizzera che ricorrono a una madre surrogata all'estero. Tale scelta solleva complessi quesiti di carattere sociale e giuridico: la maternità si trova essere scissa, le disposizioni in materia di adozione e di protezione dei minori vengono eluse e vi sono divergenze su come disciplinare i diritti dei genitori.

Nel presente rapporto il Consiglio federale giunge alla conclusione che è possibile tutelare gli interessi dei minori interessati fondandosi sulle basi legali vigenti, rilevando però che nel suo complesso la situazione è insoddisfacente. Il minore rischia di subire un pregiudizio giuridico. Inoltre i genitori intenzionali residenti nel nostro Paese eludono l'ordinamento giuridico svizzero e sfruttano le situazioni di disagio e povertà riscontrabili in Paesi lontani.

A livello internazionale, la Svizzera s'impegna nell'ambito della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato per trovare una soluzione multilaterale al problema della maternità surrogata.

1	Situazione iniziale	6
1.1	Panoramica	6
1.2	Postulato Fehr	6
1.2.1	Testo depositato.....	6
1.2.2	Motivazione	6
1.2.3	Trattamento del postulato.....	7
1.3	Osservazioni preliminari	7
1.3.1	Impostazione.....	7
1.3.2	Maternità surrogata	7
2	Fatti e situazione reale	8
2.1	Osservazioni preliminari	8
2.2	Ad quesiti dell'autrice del postulato.....	10
2.2.1	Quante coppie svizzere trovano una madre surrogata?	10
2.2.2	In quali Paesi?.....	11
2.2.3	In quali cliniche?.....	11
2.2.3.1	Introduzione.....	11
2.2.3.2	Georgia.....	11
2.2.3.3	India	11
2.2.3.4	Ucraina.....	12
2.2.3.5	Conclusione.....	13
2.2.4	Come procedono i genitori intenzionali?	13
2.2.5	Che cosa sappiamo delle madri surrogate?.....	13
2.2.5.1	In generale	13
2.2.5.2	Georgia.....	14
2.2.5.3	India	14
2.2.5.4	Russia	15
2.2.5.5	Ucraina.....	15
2.2.5.6	USA.....	16
2.3	Conclusione.....	16
3	Aspetti giuridici	17
3.1	L'istituzione del vincolo di filiazione nel diritto vigente.....	17
3.1.1	Nascita 17	
3.1.2	Adozione	18
3.2	Procreazione assistita.....	18
3.2.1	Introduzione	18
3.2.2	Basi legali.....	19

3.2.3	La maternità surrogata in Svizzera	20
3.2.4	La maternità surrogata all'estero	20
3.2.4.1	Paesi che vietano i contratti di maternità surrogata.....	21
3.2.4.2	Paesi senza legislazione specifica in materia di maternità surrogata	21
3.2.4.3	Paesi nei quali la maternità surrogata è espressamente consentita e disciplinata.....	21
3.2.4.4	Paesi permissivi nei confronti della maternità surrogata (compresa quella a titolo commerciale).....	22
3.2.4.5	La maternità surrogata estera e la Svizzera.....	22
3.3	I quesiti dell'autrice del postulato	22
3.3.1	Introduzione	22
3.3.2	Prassi attuale	23
3.3.2.1	Elusione dell'ordinamento giuridico svizzero.....	23
3.3.2.2	Diritti del bambino	23
3.3.2.3	Situazione giuridica della madre surrogata	24
3.3.3	Conseguenze di tale prassi	25
3.3.4	I singoli quesiti.....	25
3.3.4.1	In che modo sono tutelati i diritti dei bambini?.....	25
3.3.4.2	Come è garantito il diritto a conoscere le proprie origini?	25
3.3.4.3	Come è garantito che un bambino possa in futuro contattare la propria madre surrogata?	26
3.3.4.4	Come si distingue la situazione giuridica dei bambini impiantati nell'utero della madre surrogata come ovulo fecondato da quella dei bambini nati da una madre surrogata fecondata con lo sperma del padre committente?.....	26
3.3.4.5	Nel secondo caso, qual è la situazione giuridica della madre sociale partner del padre committente rispetto a quella della madre surrogata?	26
3.3.4.6	Qual è la situazione in caso di coppie conviventi o omosessuali?26	
3.4	Critica della prassi attuale da parte della dottrina.....	27
3.5	Valutazione della prassi attuale	27
3.6	Osservazioni conclusive della parte giuridica.....	31
3.6.1	Rapporto di filiazione	31
3.6.2	Documentazione della maternità surrogata	31
3.6.3	Corte Europea dei diritti dell'uomo.....	31
4	Studi e progetti di disciplinamento su scala internazionale	32
4.1	Osservazione preliminare	32
4.2	Conferenza dell'Aia.....	33
4.3	Università di Aberdeen	33

4.4	Commissione internazionale dello Stato civile	34
4.5	Unione europea	34
4.6	Consiglio d'Europa	34
5	Osservazioni conclusive	35
5.1	La situazione attuale	35
5.2	Possibili campi d'intervento.....	36

1 Situazione iniziale

1.1 Panoramica

Con il presente rapporto sulla maternità surrogata, il Consiglio federale adempie il postulato 12.3917 Fehr. Già in marzo 2011 il Consiglio federale si era espresso in merito¹. Nella risposta all'interrogazione 11.1013 Fehr è stato rilevato che i casi di maternità surrogata andavano giudicati nello specifico. Il Consiglio federale segue molto attentamente gli sviluppi in tale ambito e la Svizzera s'impegna a trovare una soluzione multilaterale nell'ambito della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato².

1.2 Postulato Fehr

1.2.1 Testo depositato

Il Consiglio federale è incaricato di stilare un rapporto sulla maternità surrogata. Tale rapporto dovrà, da un lato, riunire i fatti: quante coppie in Svizzera trovano una madre surrogata? In quali Paesi e in quali cliniche? Come procedono? Che cosa sappiamo di tali cliniche? Che cosa sappiamo delle madri surrogate (in particolare per quanto concerne l'età, la formazione, lo status sociale, la salute fisica e mentale)? Una seconda parte del rapporto dovrà chiarire i diritti dei bambini e la situazione giuridica in Svizzera. In che modo sono tutelati i diritti dei bambini? Com'è garantito il diritto a conoscere le proprie origini? Com'è garantito che un bambino possa in futuro contattare la propria madre surrogata? Qual è la distinzione tra la situazione giuridica dei bambini impiantati nell'utero della madre surrogata come ovulo fecondato e quella dei bambini nati da una madre surrogata fecondata su ordinazione con lo sperma del padre? Nel secondo caso, qual è la situazione giuridica della madre sociale e partner del padre rispetto a quella della madre surrogata? Qual è la situazione in caso di coppie di concubini o omosessuali? Nella terza parte del rapporto s'intende discutere misure per disciplinare sul piano internazionale il fenomeno della maternità surrogata, analogamente a quello delle adozioni, in modo da minimizzare gli abusi e le pratiche criminali (accordo internazionale, certificazione delle cliniche da parte di un'organizzazione riconosciuta, ecc.).

1.2.2 Motivazione

Vi sono parecchie zone d'ombra quanto al tema della maternità surrogata. Determinate cliniche (p. es. in Ucraina) sostengono tuttavia di aver già ricevuto molte richieste da coppie provenienti dalla Svizzera. Questa circostanza dimostra ancora una volta chiaramente che nel nostro mondo globalizzato un divieto svizzero non elimina il problema.

Nel contesto della maternità surrogata si pongono vari interrogativi, molti dei quali riguardano i diritti e la protezione dei bambini. Altri riguardano invece i diritti delle madri surrogate e la situazione delle coppie «committenti». Il rapporto dovrà fornire le basi per affrontare il tema ad ampio raggio e trovare soluzioni che garantiscano nel miglior modo possibile il bene di tutte le persone interessate.

¹ Per quanto concerne i concetti di *Leihmutter*, *Leihmutterschaft*, *Wunscheltern*, ecc. (trad. madre surrogata, maternità surrogata, genitori intenzionali), cfr. Birgit Christensen, *Schwangerschaft als Dienstleistung - Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterschaft*, in Hill, *Zeitschrift für Recht und Gesundheit*, n. 86, 2013, pag. 4.

² Interrogazione 11.1013 del 14 marzo 2011 di Jacqueline Fehr, http://www.parlament.ch/i/suche/Pagine/geschaefte.aspx?gesch_id=20111013.

1.2.3 Trattamento del postulato

Il 21 novembre 2012, il Consiglio federale ha proposto di accogliere il postulato, poi accolto dal Consiglio nazionale il 14 dicembre 2012.

1.3 Osservazioni preliminari

1.3.1 Impostazione

L'impostazione del rapporto rispecchia la struttura del postulato: nella prima parte sono illustrati i fatti, nella seconda sono trattate le questioni giuridiche e nella terza, infine, si affrontano gli sforzi e le possibilità d'intervento su scala internazionale.

Il rapporto non può e non intende fornire un'analisi giuridica esaustiva. Non è compito del Consiglio federale anticipare le risposte sul trattamento da riservare ai casi di maternità surrogata e ai problemi giuridici che ne derivano: tale compito spetta alle autorità competenti. Si tratta piuttosto di evidenziare la prassi attuale e illustrare i vari aspetti del problema. Tale approccio consentirà poi di esaminare un'eventuale necessità d'intervento.

Nel presente rapporto per autorità competenti s'intendono anzitutto le autorità cantonali di vigilanza sullo stato civile chiamati a riconoscere la filiazione costituita all'estero. Di tali autorità fanno pure parte le rappresentanze svizzere all'estero, che trasmettono i documenti stranieri in Svizzera e rilasciano i documenti d'entrata, nonché le autorità di migrazione che, nell'ambito di un ricongiungimento familiare, possono essere confrontate a questioni inerenti alla maternità surrogata. Qualora si ricorresse ai rimedi giuridici, occorre annoverarvi anche le autorità di ricorso.

Il presente rapporto si fonda su conoscenze acquisite dal Consiglio federale nell'ambito dell'alta vigilanza sul servizio dello stato civile e dello scambio d'informazioni con le autorità competenti. Per i dati riguardanti l'attuale situazione all'estero, sono state consultate le rappresentanze svizzere nei Paesi in cui la maternità surrogata a fini commerciali è tollerata anche per i cittadini stranieri. Le pubblicazioni a carattere giuridico, gli studi e i contributi giornalistici in materia sono menzionati nelle note a piè di pagina.

1.3.2 Maternità surrogata

L'autrice del postulato pone quesiti di diritto sulla maternità surrogata che interessano il periodo dopo il concepimento del bambino e la sua nascita.

Nella legge federale del 18 dicembre 1998³ concernente la procreazione con assistenza medica (LPAM), per madre surrogata s'intende «una donna disposta a concepire un bambino e a condurre a termine la gravidanza, nonché dopo il parto a consegnare definitivamente il neonato a terzi».

Per le maternità surrogate, il concepimento e la nascita del bambino avvengono all'estero senza che le autorità svizzere ne siano concretamente informate. Di solito, ai genitori intenzionali viene rilasciato un atto di nascita in cui essi risultano già registrati come madre e padre. Se i genitori intenzionali si trovano in un Paese che non concede *ipso jure* la sua cittadinanza a tutti i neonati, essi sono tenuti a rivolgersi alla rappresentanza svizzera per annunciarvi il bambino. I genitori intenzionali devono identificarsi ed esibire l'atto di nascita. Di regola, se non vi è motivo di sospettare una maternità surrogata, al bambino è rilasciato un permesso d'entrata e i genitori intenzionali possono recarsi in Svizzera. In parallelo, la rappresentanza svizzera trasmette l'atto di nascita all'autorità di vigilanza sullo stato civile del

³ RS 810.11.

Cantone di origine dei genitori intenzionali o di uno dei genitori intenzionali, dove il rapporto di filiazione è iscritto nel registro dello stato civile.

Se il bambino nasce in un Paese che concede automaticamente la sua cittadinanza al neonato, i genitori intenzionali possono chiedere che gli venga rilasciato un passaporto. Con tale documento possono entrare direttamente in Svizzera senza doversi rivolgere all'ambasciata svizzera. In questo caso l'autorità cantonale di vigilanza sullo stato civile sarà la prima autorità a entrare in contatto con i genitori intenzionali.

I genitori intenzionali procedono dunque esattamente come i genitori il cui bambino è nato all'estero senza essere stato concepito e portato in grembo con l'ausilio della procreazione assistita.

In molti casi le autorità competenti non sono in grado di accorgersi che la madre intenzionale non ha partorito il bambino. Se tuttavia vi fossero degli indizi in tal senso, questi emergono soltanto al momento dell'entrata in Svizzera o della registrazione del rapporto di filiazione stabilito all'estero. Il problema è evidente: in quel momento si è confrontati con un bambino vivo e vegeto e non è più possibile riparare retroattivamente le eventuali violazioni dei diritti della madre surrogata o del minore. Nella parte dedicata agli aspetti giuridici, si affrontano unicamente casi di maternità surrogata in cui il bambino è già nato e quindi di genitori intenzionali che vivono all'estero o in Svizzera con il bambino.

In generale le autorità svizzere sono confrontate con la maternità surrogata soltanto *a fatto compiuto*.

Se la rappresentanza svizzera all'estero accerta di essere in presenza di una maternità surrogata, rifiuta l'entrata e trasmette la documentazione all'autorità cantonale di vigilanza sullo stato civile. L'entrata in Svizzera è rifiutata fintanto che non è appurato il vincolo parentale⁴. Le rappresentanze svizzere non dispongono di alcun'altra possibilità di intervento. Nella maggior parte dei Paesi d'origine è impensabile togliere il bambino ai genitori intenzionali, farlo tornare nella famiglia d'origine o ricollocarlo. Le autorità locali non ritengono giustificata una tale misura, poiché la loro concezione del diritto considera i genitori intenzionali come i genitori legali del bambino. In molti casi inoltre la madre surrogata non è identificabile e comunque, anche se lo fosse, non farebbe altro che ribadire di non voler tenere il bambino.

2 Fatti e situazione reale

2.1 Osservazioni preliminari

La maternità surrogata classica o tradizionale esiste da parecchio tempo⁵. Nello specifico si tratta di una donna disposta a partorire un bambino in sostituzione per un'altra donna. La donna è fecondata con lo sperma del marito della coppia committente e partorisce un neonato, geneticamente imparentato con lei, che dopo il parto consegna alla coppia in questione. Grazie ai progressi della medicina riproduttiva, tale forma originaria di maternità surrogata è stata ampiamente soppiantata. L'indigenza finanziaria da un canto e il forte desiderio di ave-

⁴ Cfr. «Merkblatt Leihmutterschaft für den schweizerischen Rechtsbereich» del DFAE, <http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edactr/esp.Par.0166.File.tmp/Merkblatt%20LeihmutterschaftD.pdf> (26 agosto 2013; disponibile soltanto in tedesco, francese e spagnolo).

⁵ Andreas Bernhard, Das Standesamt, Zeitschrift für das Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands (in seguito StAZ), Francoforte sul Meno e Berlino, n. 5/2013, pag. 139.

re un figlio dall'altro, fanno sì che esista ancora tale forma originaria di maternità surrogata⁶, oggi però il metodo si suddivide in due parti: gli ovociti e gli spermatozoi sono forniti dalla coppia stessa o da una donatrice di ovociti e/o da un donatore di spermatozoi, mentre la gravidanza e il parto sono affidati alla madre surrogata.

La possibilità di scindere la maternità in una donatrice del materiale genetico e una donna che partorisce il bambino spiega il successo della maternità surrogata. La madre che dà alla luce il bambino non è geneticamente imparentata con quest'ultimo. Quanto alla madre genetica del bambino, generalmente ignora l'identità di chi ha acquisito il suo ovocita, di chi ha fornito gli spermatozoi per fecondare tale ovocita e a chi infine è stato impiantato. Tale scissione semplifica dunque le relazioni molto complesse legate alla maternità surrogata: la madre surrogata partorisce un bambino con il quale non è imparentata geneticamente e la donatrice anonima dell'ovocita non ha alcun contatto né con la madre surrogata né con i genitori intenzionali. In tal modo è garantito che il legame familiare sociale nasca esclusivamente tra i genitori intenzionali paganti e il bambino. Attualmente, tale forma di maternità surrogata è la più diffusa nell'ambito della medicina della procreazione⁷. Ha peraltro avuto per conseguenza madri surrogate appartenenti a etnie diverse da quella dei genitori intenzionali.

In tutti i casi noti al Consiglio federale, il padre intenzionale era anche il donatore di sperma e dunque il padre genetico del bambino. Tecnicamente tuttavia non è indispensabile che i genitori intenzionali dispongano di cellule germinali proprie in grado di essere fecondate.

Ai quesiti posti dall'autrice del postulato in merito alle circostanze reali in cui si svolgono i fatti è possibile fornire soltanto risposte parziali. Non vi sono statistiche o rapporti che approfondiscano e documentino il problema. È comunque certo che la maternità surrogata costituisce un fenomeno in costante crescita con sempre maggiori implicazioni internazionali⁸.

Il divieto di surrogazione di maternità vigente in Svizzera contribuisce a una penuria di dati ufficiali in materia. I genitori intenzionali sanno che può loro essere rifiutata l'entrata in Svizzera con il minore⁹. Per tale motivo evitano ogni contatto non imperativamente necessario con le autorità e non rivelano che si tratta di un caso di maternità surrogata. Questa situazione è nota. Interpellata, l'ambasciata svizzera a Kiev ha comunicato che i genitori intenzionali svizzeri evitano «*accuratamente*» qualsiasi contatto con le autorità. Dal canto loro, le cliniche e i legali che fungono da intermediari si appellano al segreto medico o professionale.

Infine, occorre sottolineare che le autorità ufficiali dei Paesi interessati sovente hanno poche possibilità di controllo su quanto viene offerto e non sono dunque neppure in grado di fornire informazioni. L'India e gli USA, ad esempio, tentano di imporre alle cliniche della fertilità una sorta di obbligo di accreditamento. È tuttavia piuttosto difficile che un tale obiettivo venga raggiunto in un prossimo futuro. Inoltre, negli USA si teme che una discussione sulla maternità surrogata implichi inevitabilmente un dibattito sull'aborto. Tale dibattito è considerato un

⁶ Cfr. «20 Minuten» del 20 giugno 2013, <http://www.20min.ch/panorama/news/story/20641964> (26 agosto 2013) nonché Yahoo! Notizie del 7 giugno 2013, <http://de.nachrichten.yahoo.com/chinesische-frau-verkauft-vier-babys-100407747.html> (26 agosto 2013).

⁷ Andreas Bernhard (nota 4), pag. 139.

⁸ Rapporto preliminare sui problemi derivanti dagli accordi internazionali di maternità surrogata (marzo 2012), Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, pag. 8 (disponibile soltanto in francese e inglese).

⁹ Cfr. quale esempio il forum di auto-aiuto sulla maternità surrogata all'estero, <http://f3.webmart.de/f.cfm?id=2448811&t=3397321&pg=76&r=threadview> (23 giugno 2013).

«suicidio politico»¹⁰, motivo per il quale a breve o medio termine non v'è da attendersi che le istanze politiche nazionali si occupino del problema.

È dunque possibile rispondere ai quesiti sollevati dall'autrice del postulato soltanto facendo capo a dati piuttosto limitati. In funzione dei dati disponibili si approfondisce la situazione di alcuni Paesi.

Le risposte non hanno alcuna pretesa di completezza o di esattezza materiale completa. Il contatto diretto con i genitori intenzionali, il personale medico e le madri surrogate resta per lo più precluso alle autorità, al contrario di quanto accade ai giornalisti. Ecco perché il rapporto si fonda in parte su notizie apparse nei media. Il Consiglio federale è consapevole che gli articoli pubblicati nei mezzi d'informazione non possono supplire agli studi scientifici. Tuttavia, le informazioni attinte dalle diverse fonti non si contraddicono negli aspetti essenziali, motivo per il quale il Consiglio federale è del parere che quanto riportato dai media possa venir ritenuto corretto anche in mancanza di cifre attendibili.

2.2 Ad quesiti dell'autrice del postulato

2.2.1 Quante coppie svizzere trovano una madre surrogata?

Non è possibile rispondere a tale domanda. Al Consiglio federale sono noti circa dieci casi registrati agli atti. La rivista *Annabelle* n. 19/12 del 24 ottobre 2012 riferisce che le agenzie di mediazione ucraine Biotex e La Vita Felice avrebbero sinora fornito assistenza a diverse dozzine di genitori intenzionali svizzeri¹¹. Per gli Stati Uniti e l'India sono ipotizzabili cifre analoghe.

Le coppie giovani possono entrare in Svizzera con un bambino nato all'estero senza difficoltà. Se non sussistono indizi concreti, il rapporto di filiazione non è messo in dubbio. Di conseguenza la maggior parte dei casi di maternità surrogata sfuggono a una verifica da parte delle autorità. Un indizio concreto potrebbe essere, ad esempio, un atto di nascita che non indica la madre, ne menziona due o ne riporta una manifestamente non più in età fertile. A volte anche i visti consentono di trarre delle conclusioni: è improbabile che una donna incinta intraprenda un volo di diverse ore due settimane prima del termine della gravidanza visto che la maggior parte delle compagnie aeree si rifiutano di trasportare una gestante durante le ultime quattro settimane di gravidanza a meno che un certificato medico non attesti che la donna non corre alcun rischio.

Tenuto conto di tale situazione, il Consiglio federale ritiene che la parte sommersa del fenomeno sia piuttosto consistente. Lo stesso dicasi per la donazione di ovociti che, come d'altronde la maternità surrogata, è vietata nel nostro Paese. La Svizzera non è il solo Paese a essere confrontato a tale fenomeno, che tocca sia Paesi con una legislazione molto restrittiva (come p. es. Francia o Germania) sia Paesi con un ordinamento liberale in materia. Sebbene in Gran Bretagna la maternità surrogata sia autorizzata e disciplinata, le pertinenti autorità stimano che nel 2012, soltanto in India, siano nati da madri surrogate ben 1 000 bambini commissionati da genitori britannici. Ufficialmente nel 2012 sono invece soltanto 100 i bambini nati da madri surrogate annunciati in Gran Bretagna¹².

¹⁰ Intervista con Debora Spar del 20 luglio 2011, <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/GeneWatch/GeneWatchPage.aspx?pageId=347#> (26 agosto 2013).

¹¹ «Leihmütter – unser Baby made in Ukraine», *Annabelle* 19/12 del 24 ottobre 2012, pag. 54 segg.

¹² Our «rent a womb» child from an Indian baby farm, *Daily Mail* del 31 agosto 2012, <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2196538/Our-rent-womb-child-Indian-baby-farm-British-couple-paying-20-000-desperately-poor-single-mother-child.html> (26 ago. 2013).

2.2.2 In quali Paesi?

Prevalentemente in Georgia, India, Ucraina e negli Stati Uniti. Sono noti anche alcuni casi in Sudafrica e Russia.

2.2.3 In quali cliniche?

2.2.3.1 Introduzione

Si tratta esclusivamente di cliniche specializzate in trattamenti di procreazione assistita che si presentano con un'immagine seria e professionale, per cui non è possibile individuare differenze qualitative senza recarsi in loco. Vi sono però notevoli differenze di prezzo: negli USA occorrono circa USD 120 000, mentre in Georgia un pacchetto completo di prestazioni viene offerto già a partire da USD 5 300. India e Ucraina si situano nel mezzo. Le cliniche in questione hanno sovente un'impronta commerciale insolita per le strutture sanitarie svizzere. Seguono informazioni in merito ai Paesi noti per offrire maternità surrogate anche a cittadini stranieri.

2.2.3.2 Georgia

Da informazioni fornite dalla rappresentanza svizzera a Tiflis, in Georgia vi sono due cliniche che propongono tale servizio (Surrogate Motherhood Center of Georgia e New Life). Tali cliniche sono esempi tipici di strutture specializzate in trattamenti di procreazione assistita. Il carattere commerciale è palese e le strutture si fanno pubblicità con «offerte speciali»¹³, aggirando anche la legislazione georgiana se la richiesta lo esige¹⁴.

2.2.3.3 India

Nel 2011 in India si stimava esistessero circa 600 strutture specializzate in trattamenti di procreazione assistita¹⁵. Queste strutture fanno parte del settore privato e non hanno mancato di suscitare controversie. Il Segretario del Ministero indiano della Salute e del benessere familiare ha evidenziato che non tutte le cliniche sono dotate di personale specializzato o delle attrezzature tecniche necessarie. Inoltre destano preoccupazione le offerte che propongono la scelta del sesso del nascituro poiché non vi è un consenso sociale in merito¹⁶.

Già nel 2005 l'Indian Council of Medical Research ha emanato direttive esaustive¹⁷, che impone alle cliniche di procreazione di accreditarsi al fine di garantire un'impostazione dell'offerta uniforme e qualitativamente elevata. Tali direttive sono una conseguenza del fatto che molte cliniche erano sprovviste del personale specializzato e dell'infrastruttura necessa-

¹³ «Our Gold Program! 6500 USD only!», <http://www.surrogacy.ge/2013-03-12-09-58-46> (26 agosto 2013); da notare che il 13 marzo 2013 il Gold Programm costava ancora 5 300 USD.

¹⁴ Visto che la legislazione georgiana prevede la maternità surrogata solo per le coppie sposate, la New Life gestisce una succursale in India per «*single intendent parents*», <http://www.newlifegeorgia.com/Surrogacy> (26 agosto 2013).

¹⁵ Surrogate Motherhood – Ethical or Commercial, Centre for Social Research, pag. 23, <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf> (26 agosto 2013).

¹⁶ National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India, Ministry of Health and Family Welfare, Indian Council of Medical Research, National Academy of Medical Sciences (India), New Dehli – 1 10029, 2005, Preliminary Pages, pag. ix, http://www.icmr.nic.in/art/art_clinics.htm (26 agosto 2013).

¹⁷ National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India (nota 14).

ria o che avevano addirittura ingannato le coppie sterili con false promesse¹⁸. Difficilmente l'obiettivo di registrare tutte le cliniche sarà raggiunto in tempi brevi¹⁹.

Il 17 dicembre 2012, il Ministero degli interni indiano ha inviato al Foreign Regional Registration Office a Mumbai e alle cliniche specializzate nelle tecniche di procreazione una lettera vincolante²⁰ nella quale specifica che l'entrata con visto turistico per una maternità surrogata non è più consentita e che occorre essere provvisti di un «Medical Visa». Inoltre soltanto le coppie straniere coniugate possono usufruire delle madri surrogate. Alle cliniche non è più consentito accettare persone sole o coppie omosessuali di cittadinanza straniera²¹, e le coppie straniere sono tenute a presentare un attestato che confermi l'intento del Paese d'origine di riconoscere il rapporto di filiazione tra loro e il bambino. In India tali regole sono state criticate poiché manca un disciplinamento transitorio e la restrizione a coppie sposate costituisce una discriminazione²².

Dal canto suo, nel 2010 il Parlamento indiano ha approvato un progetto di legge, la cui entrata in vigore tuttavia non è chiara né dal punto di vista temporale né in termini formali. Va tuttavia sottolineato che in alcuni punti contraddice la direttiva menzionata del 2005²³. In India si è consapevoli della necessità di disciplinare la materia, ma per il momento manca il consenso sul tenore di tale disciplinamento.

2.2.3.4 Ucraina

In Ucraina i prezzi vantaggiosi e la legislazione lassista vengono pubblicizzati alla luce del sole²⁴. Le offerte hanno provocato reazioni negative nei media: una rivista francese ha riferito di una coppia omosessuale che in Ucraina ha potuto esaudire il proprio desiderio di avere un bambino rivolgendosi a una madre surrogata – sebbene la legge ucraina precluda tale possibilità alle coppie omosessuali. Stando a quanto riportato nell'articolo, il bambino è stato consegnato al padre per strada a causa dell'illegalità della transazione²⁵. Il «magazine» di Le Monde ha sintetizzato con parole acute la situazione in Ucraina: «*un pied dans la modernité, l'autre dans la misère*» (trad.: un piede nella modernità, l'altro nella miseria). Da un canto, tale Paese ha cliniche all'avanguardia (realizzate e sviluppate in seguito al calo della natalità riconducibile alla catastrofe di Cernobyl), dall'altro, i controlli statali sono praticamente assenti. Il risultato di tale realtà sono genitori intenzionali ingannati, madri portatrici abusate e sfruttate, e persino sparizioni di minori²⁶.

¹⁸ National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics in India (nota 14), Preliminary Pages, pag. ix.

¹⁹ No surrogacy visa for gay foreigners, The Times of India del 18 gennaio 2013, http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2013-01-18/india/36415052_1_surrogacy-fertility-clinics-home-ministry (26 agosto 2013).

²⁰ <http://mha.nic.in/pdfs/CS-GrntVISA-291112.pdf> (26 agosto 2013).

²¹ Cfr. in merito anche No surrogacy visa for gay foreigners (nota 18).

²² Surrogacy norms leave foreigners in a quandry, The Times of India del 19 gennaio 2013.

²³ New surrogacy norm will hit genuine couples, The Times of India del 19 gennaio 2013, http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2013-01-19/india/36431477_1_art-regulation-bill-home-ministry-gay-couples (26 agosto 2013).

²⁴ «Just google the word «surrogacy», and you will find Ukraine as a «hot spot» for couples in the U.S. and Europe. One reason is that Ukraine allows couples to expand their families at drastically lower prices than in the U.S., and with far less stringent legal regulations than some European countries», opuscolo informativo della Ukrainian surrogacy Solutions, pag. 3, <http://ukrainiansurrogacy.com/images/Surrogacy.pdf> (26 agosto 2013).

²⁵ Ukraine – GPA, Gestation en pleine angoisse, Têtu, edizione di novembre 2012.

²⁶ Ventres à louer, M le magazine du monde del 4 gennaio 2013, http://www.lemonde.fr/europe/article/2013/01/04/ukraine-ventres-a-louer_1812237_3214.html, (26 agosto 2013).

Per garantire un minimo di certezza del diritto, il Parlamento ucraino ha approvato un progetto nel quale si prevedeva tra l'altro che i cittadini stranieri possono ricorrere a una madre surrogata unicamente se sono in grado di presentare un attestato del Paese d'origine in cui si conferma che il rapporto di filiazione verrà riconosciuto²⁷. Il Presidente dell'Ucraina ha interposto il veto contro tale progetto²⁸.

2.2.3.5 Conclusione

In nessuno Stato le cliniche e le agenzie intermediarie sono accreditate o autorizzate in via generale. I Paesi d'origine non hanno dunque alcun controllo sull'operato delle cliniche e sulle persone che possono ricorrere alle tecniche di procreazione assistita (soltanto coppie, soltanto coppie sposate, coppie omosessuali, persone sole).

I genitori intenzionali stranieri sono considerati clienti facoltosi ai quali riservare un trattamento privilegiato. Il Consiglio federale rileva che la mancanza di controlli statali arreca pregiudizio soprattutto alle madri surrogate. Non in tutti i Paesi è garantita un'assistenza post parto da parte delle cliniche²⁹, che possono sottrarsi alle loro responsabilità nei confronti della madre surrogata se il parto non avviene come pianificato³⁰.

2.2.4 Come procedono i genitori intenzionali?

In un primo momento, a quanto pare, l'idea di ricorrere a una maternità surrogata all'estero è sovente discussa con medici svizzeri, quando tutti i trattamenti di procreazione assistita possibili nel nostro Paese sono stati esauriti³¹. Altre fonti sono Internet o i forum online, dove gli interessati si scambiano informazioni.

2.2.5 Che cosa sappiamo delle madri surrogate?

2.2.5.1 In generale

Le cliniche e le agenzie di mediazione propongono donne sane d'età compresa tra i 20 e i 35 anni che hanno già avuto figli. Si tratta di donne provenienti dal ceto medio o basso, senza istruzione o con un livello d'istruzione molto ridotto. Non hanno un lavoro o lavorano, in mancanza di un'istruzione superiore, per salari molto bassi. In Paesi come l'Ucraina, la Georgia o l'India, le donne sono disposte a fungere da madri surrogate a causa della povertà e per mancanza di alternative. Decidono di compiere tale passo per necessità nonostante la situazione giuridica per loro poco chiara e i molti quesiti aperti sull'assistenza medica durante la gravidanza surrogata. Tali incertezze e il perenne interrogativo se la gravidanza e il parto si svolgeranno senza complicazioni, costituiscono una notevole pressione psicologica. Inoltre in alcuni Paesi le madri surrogate patiscono gravi pregiudizi sociali poiché tale attività è equiparata alla prostituzione o al traffico di minori.

²⁷ <http://www.genethique.org/?q=content/l%E2%80%99ukraine-adopte-une-loi-interdisant-le-recours-aux-m%C3%A8res-porteuses-pour-les-%C3%A9trangers> (26 agosto 2013).

²⁸ <http://www.irtsu.com.ua/en/news/631.html> (26 agosto 2013).

²⁹ Gebärmutter zu vermieten, Spiegel Online dell'8 dicembre 2012, <http://www.spiegel.de/panorama/leihmuettern-in-indien-kinderlose-paare-lassen-babys-von-frauen-austragen-a-869348.html> (26 agosto 2013).

³⁰ Ventres à louer (nota 25).

³¹ Nora Bertschi, assistente presso la cattedra Büchler dell'Università di Zurigo, relazione in occasione del gruppo di lavoro adozioni internazionali delle autorità centrali della Svizzera tedesca AGIA del 21 febbraio 2013 a Zurigo.

2.2.5.2 Georgia

Stando alle informazioni fornite dalla rappresentanza svizzera a Tiflis, si tratta di donne provenienti da zone rurali molto povere, senza istruzione o con un livello d'istruzione molto basso. La famiglia e la religione rivestono grande importanza nella società georgiana, motivo per il quale si presume che le madri surrogate godano di un'accettazione sociale molto bassa, se non addirittura nulla.

2.2.5.3 India

Stando alla rappresentanza svizzera a Nuova Dehli, si tratta esclusivamente di donne dei ceti più bassi provenienti da piccole cittadine o villaggi molto poveri. Sovente sono analfabete, coniugate e hanno un'età compresa tra i 20 e i 35 anni.

Nel 2011, il *Center for Social Research* ha pubblicato una ricerca sulla maternità surrogata in India³² fondandosi su interviste con madri surrogate provenienti dalla regione del Gujarat, che per la sua medicina riproduttiva in piena espansione è anche chiamata «Culla del mondo». Le considerazioni che seguono sono riprese da tale studio:

Le donne che accettano di diventare madri surrogate sono povere e si mettono a disposizione per provvedere al sostentamento della loro famiglia. Sono sposate e hanno già avuto altri figli. Tale circostanza è utile affinché i medici siano in grado di comprovare che le donne sono in grado di procreare. Nella maggioranza dei casi, i mariti acconsentono alla maternità surrogata, tuttavia dopo il parto e la consegna del bambino molti di essi e in parte anche i figli voltano le spalle alla madre surrogata. Due terzi delle madri surrogate interpellate hanno dichiarato di aver provato paura e tristezza prima dell'inizio della gravidanza. Per timore di venir escluse socialmente, molte di loro desiderano rimanere anonime e affermano inoltre di essersi sentite alla mercé degli specialisti.

Altre circostanze fanno concludere che in molti casi le madri surrogate indiane vengono sfruttate e subiscono forti pressioni psicologiche:

Molte madri surrogate sono analfabete e pertanto non in grado di leggere i contratti e quindi costrette a fidarsi delle spiegazioni fornite loro dagli specialisti. La maggior parte delle madri surrogate è incapace di descrivere il contenuto del contratto.

Generalmente, i contratti sono firmati soltanto nel corso del quarto mese di gravidanza, quando le madri surrogate non possono più recedere dal contratto e dunque, di fatto, sono obbligate ad accettare qualsivoglia condizione contrattuale.

In alcuni casi, la clinica non firma neppure un contratto con la madre surrogata sottraendosi in tal modo a qualsiasi responsabilità dopo il parto.

Il compenso della madre surrogata non viene fissato in anticipo ed è a discrezione delle cliniche, che decidono l'ammontare della retribuzione.

Se il bambino non nasce come previsto e non può essere consegnato ai genitori intenzionali, la madre surrogata riceve soltanto una minima parte del compenso.

Nel caso di complicazioni, in generale sono i genitori intenzionali o la clinica a decidere in merito a un'eventuale interruzione della gravidanza senza consultare nemmeno la madre surrogata.

³² Surrogate Motherhood – Ethical or Commercial, Centre for Social Research (nota 14).

Le notizie pubblicate dai media confermano tale quadro: la maternità surrogata è allettante soltanto per le donne provenienti da un contesto sociale caratterizzato dalla povertà³³. Le donne indiane giustificano la loro scelta di fungere da madre surrogata anzitutto con motivazioni finanziarie³⁴. In un ritratto di genitori intenzionali britannici il Daily Mail scrive: «*It goes without saying that she (la madre surrogata) is desperately poor*»³⁵. L'incentivo finanziario è dunque anche il motivo per il quale, almeno inizialmente, il coniuge o la famiglia, sempreché coinvolti, acconsentono alla maternità surrogata³⁶.

Contrariamente a quanto avviene negli Stati Uniti, le madri surrogate in India non soltanto sono decisamente più povere, bensì rischiano anche di essere stigmatizzate ed escluse dalla società³⁷. Sovente la maternità surrogata, come anche la prostituzione, è considerata un'attività impura³⁸. Nelle zone rurali, inoltre, le madri surrogate sono di frequente sospettate di voler vendere il proprio neonato e di praticare dunque la tratta di esseri umani³⁹. Per tale motivo, durante la gravidanza, le madri surrogate soggiornano nelle grandi strutture mediche e celano la gravidanza persino ai propri genitori⁴⁰.

2.2.5.4 Russia

La tipica madre surrogata russa proviene dal ceto basso o medio basso. È priva di una formazione superiore e non è in grado di provvedere ai bisogni della propria famiglia. Le prospettive professionali sono ridotte e sovente le donne sono sole, divorziate o vedove⁴¹. Medici e infermiere sono scettici e nutrono pregiudizi nei confronti della maternità surrogata. Il fenomeno non è compreso e dunque rifiutato⁴². Se ne deduce che in Russia le madri surrogate non godono di grande stima.

2.2.5.5 Ucraina

L'ambasciata svizzera a Kiev ha comunicato di non essere in grado di tracciare un profilo generale delle donne disposte a fungere da madri surrogate. La documentazione disponibile consente tuttavia di concludere che le donne ucraine decidono di compiere tale passo soltanto per motivi finanziari. Occorre dunque partire dal presupposto che si tratta prevalentemente di donne dallo sfondo socioeconomico caratterizzato da povertà, senza istruzione o quasi. Nel gennaio 2013 «Le Monde» ha pubblicato il ritratto di due madri surrogate ucraine che conferma le informazioni fornite dalla nostra rappresentanza: le maternità surrogate in Ucraina consentono alle giovani donne di guadagnare somme di denaro non indifferenti. In

³³ Surrogate mother dies of complications, The India Times del 17 maggio 2012, http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2012-05-17/ahmedabad/31748277_1_surrogate-mother-surrogacy-couples (26 agosto 2013).

³⁴ Womb for rent: Indian surrogate mother tell their tales, Times Live del 26 febbraio 2013, <http://www.timeslive.co.za/lifestyle/2013/02/26/womb-for-rent-indian-surrogate-mother-tell-their-tales> (26 agosto 2013).

³⁵ Our «rent a womb» child from an Indian baby farm, Daily Mail del 31 agosto 2012, <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2196538/Our-rent-womb-child-Indian-baby-farm-British-couple-paying-20-000-desperately-poor-single-mother-child.html> (26 agosto 2013).

³⁶ Wanna rent a womb, come to Anand, The Times of India dell'11 febbraio 2006, http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2006-02-11/ahmedabad/27830480_1_surrogate-mother-surrogacy-ivf (26 agosto 2013).

³⁷ India's child surrogacy boom, Times Live del 28 maggio 2012, <http://www.timeslive.co.za/scitech/2012/05/28/india-s-child-surrogacy-boom> (26 agosto 2013).

³⁸ Nora Bertschi (nota 30).

³⁹ Gebärmutter zu vermieten, Spiegel Online dell'8 dicembre 2012 (nota 28).

⁴⁰ France Winddance Twine, Outsourcing the womb, New York 2011, pag. 46.

⁴¹ Russian Surrogate Moms Attract Foreigners, The St. Petersburg Times del 12 settembre 2012.

⁴² Russian Surrogate Moms Attract Foreigners (nota 40).

questo Paese, molti giovani, donne in particolare, non hanno né un lavoro né una prospettiva economica e quindi le promesse finanziarie che accompagnano la maternità surrogata appaiono molto allettanti. Vengono sfruttate le ristrettezze economiche delle giovani donne, il che provoca in parte gravi abusi e irregolarità⁴³.

2.2.5.6 USA

La tipica madre surrogata negli Stati Uniti è sposata, attorno ai 30 anni, a sua volta già madre e proviene dal «ceto basso» (livello d'istruzione e reddito familiare esigui). Al contrario delle madri surrogate indiane o ucraine, quelle statunitensi in generale non vivono sotto la soglia di povertà⁴⁴. Sono convinte che nella loro decisione di mettersi a disposizione come madri surrogate prevalgano i motivi altruistici. Il guadagno conseguito è un elemento secondario.

Dai dati che seguono si può tuttavia dedurre che lo stimolo finanziario costituisce un importante criterio decisionale: le donne che auspicano diventare madri surrogate sovente non dispongono dei mezzi finanziari sufficienti per rivolgersi a un legale di fiducia⁴⁵. Inoltre la ricerca di donatrici di ovociti si differenzia decisamente da quella delle madri surrogate: le prime vengono reclutate presso università elitarie, mentre le seconde provengono piuttosto dai ceti sociali ed economici più sfavoriti⁴⁶. Inoltre è diffusa la tesi che buona parte delle madri surrogate siano mogli di militari. Le agenzie si rivolgono in modo mirato a questa categoria di donne poiché dispongono del tempo necessario e molte famiglie di militari versano in ristrettezze economiche. Come madre surrogata, la moglie di un militare ha la possibilità di guadagnare una somma superiore al reddito annuo di base del coniuge⁴⁷.

Infine, l'ammontare del compenso lascia pensare che le madri surrogate siano sfruttate economicamente. Convertendo il compenso corrisposto alla madre surrogata in una retribuzione oraria, se ne ricavano circa 50 centesimi di dollaro l'ora. Tale importo è nettamente inferiore al salario statale minimo⁴⁸. Indipendentemente dall'autopercezione (altruistica) delle madri surrogate, è comunque un dato di fatto che il fenomeno delle maternità surrogate negli USA è inserito in un contesto di ineguaglianza etnica e sociale⁴⁹.

2.3 Conclusione

Prima dell'inizio della gravidanza o nei primi mesi della gravidanza, la madre surrogata e i genitori intenzionali pattuiscono il prezzo per la consegna del bambino dopo il parto. Sia la fecondità sia il bambino sono oggetto dell'accordo di maternità surrogata e diventano dunque una merce. Lo stesso dicasi per gli ovociti e gli spermatozoi necessari alla fecondazione. La globalizzazione, la crescente sterilità nei Paesi industrializzati e le nuove tecniche hanno indotto una commercializzazione della procreazione umana.

⁴³ Ventres à louer (nota 25).

⁴⁴ France Winddance Twine (nota 39), pag. 46.

⁴⁵ Magdalena Gugucheva, Surrogacy in America, Council for Responsible Genetics, 2010, <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pagedocuments/kaevej0a1m.pdf> (26 agosto 2013).

⁴⁶ Andreas Bernhard (nota 4), pag. 139.

⁴⁷ Magdalena Gugucheva (nota 44), pag. 24; France Winddance Twine (nota 39), pag. 1.

⁴⁸ Magdalena Gugucheva (nota 44), pag. 5.

⁴⁹ France Winddance Twine (nota 39), pag. 16.

Tale commercializzazione ha generato un turismo procreativo di cittadini svizzeri che si recano all'estero sebbene uno degli obiettivi principali della legislazione svizzera in materia consistesse proprio nel contrastare tale fenomeno⁵⁰.

Le madri surrogate provengono in generale da ceti sociali sfavoriti (USA) o da ambienti sociali contraddistinti da povertà e precariato (India, Georgia, Ucraina, Russia). A causa di tale situazione e in parte anche per mancanza di un'istruzione adeguata, le madri surrogate non sono in grado di riconoscere o rifiutare le offerte svantaggiose. I genitori intenzionali dal canto loro possono far impiantare l'ovocita fecondato nell'utero di una madre surrogata a basso costo. In questo mercato, le opportunità e i rischi sono ripartiti in modo decisamente ineguale^{51,52}.

Si è giunti a una «colonizzazione del corpo umano»⁵³, fondata su processi regolati da rigorosi meccanismi dell'economia di mercato: le diverse tappe del procedimento – estrazione del materiale genetico, fecondazione, gravidanza e parto – sono effettuate nel luogo che offre i costi più bassi.

3 Aspetti giuridici

3.1 L'istituzione del vincolo di filiazione nel diritto vigente

3.1.1 Nascita

Il Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CC)⁵⁴ prevede che il rapporto di filiazione sorga fra la madre e il figlio con la nascita (art. 252 cpv. 1 CC). È determinante l'atto biologico del parto. Tale ordine biologico sancito dalla legge è riassunto dalla locuzione latina *mater semper certa est* (ossia: non vi sono dubbi su chi sia la madre). Il rapporto di filiazione materna non può essere contestato.

Il vero problema giuridico si pone invece per quanto concerne il padre. Contrariamente a quanto vale per la madre, all'epoca della stesura del Codice civile non era possibile disporre di prove certe che consentissero un'attribuzione biologica inequivocabile del figlio al padre. Il diritto svizzero ha dunque fatto capo alle soluzioni seguenti:

Il rapporto di filiazione paterno sorge durante il matrimonio con la madre del figlio (art. 255 cpv. 1 CC) o mediante il riconoscimento (art. 260 cpv. 1 CC). Per il rapporto di filiazione non è dunque determinante un legame biologico o genetico bensì una circostanza sociale o un atto sancito dalla legge (esistenza di un matrimonio, rilascio di una dichiarazione di volontà). Si tratta dunque di una mera presunzione o dichiarazione di paternità, che può essere invalidata⁵⁵.

Se vi sono dubbi circa la presunta paternità, il legislatore fa capo al legame genetico: da un canto, il padre genetico che non intende riconoscere il figlio può essere obbligato ad assumerne la paternità legale mediante un'azione di paternità (art. 261 segg. CC). Dall'altro, il

⁵⁰ Messaggio del 26 giugno 1996 relativo all'iniziativa popolare «per la protezione dell'essere umano dalle manipolazioni nella tecnologia della procreazione (Iniziativa per una riproduzione rispettosa della dignità umana)», FF **1996** 241, 231.

⁵¹ Birgit Christensen (nota 1), pag. 8.

⁵² «Der Fall, dass eine wirtschaftlich gut situierte Frau für eine Frau, die keine Kinder haben kann, eine Schwangerschaft gegen Bezahlung übernehmen würde, scheint sich (noch) nicht ereignet zu haben», J.G. Raymond, Women and wombs. Reproductive technologies and the battle over women's freedom, Melbourne 1993, pag. 45.

⁵³ Andreas Bernhard (nota 4), pag. 139.

⁵⁴ RS **210**.

⁵⁵ Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Honnig/Vogt/Geiser (ed.), 4a edizione, Zurigo e San Gallo 2010, n. 13 ad art. 252 CC.

marito della madre, presunto padre, può contestare in giudizio la paternità (art. 256 segg. CC) soltanto se non vi è alcun legame genetico tra lui e il minore.

Una particolarità è data dal fatto che il riconoscimento di un figlio può essere contestato da ogni interessato (art. 260a cpv. 1 CC). Per contro la presunzione di paternità del marito può essere contestata soltanto dal figlio e dal marito (art. 256 cpv. 1 CC). Non hanno diritto all'azione in particolare i genitori genetici. Di sopraggiunta, il diritto all'azione del figlio è limitato poiché può contestare la presunzione di paternità soltanto se la comunione domestica dei coniugi è cessata durante la sua minore età (art. 256 cpv. 1. n. 2 CC). In tal modo il legislatore tutela l'istituzione del matrimonio. Se una coppia sposata desidera educare insieme un minore, tale volontà gode di protezione indipendentemente dall'effettiva genitorialità genetica o biologica. Tale normativa è viepiù contestata⁵⁶.

3.1.2 Adozione

L'adozione è l'unica possibilità di instaurare un rapporto di filiazione senza che esista un vincolo di filiazione genetico, perlomeno presunto.

L'adozione è un atto giuridico che fa insorgere un rapporto di filiazione giuridico tra persone geneticamente non imparentate (art. 252 cpv. 3 e 264 segg. CC). Significa che i vincoli di filiazione anteriori sono sciolti e l'adottato è equiparato a un figlio biologico dei genitori adottivi (art. 267 CC).

Prima che l'adozione sia pronunciata, i futuri genitori adottivi vengono sottoposti a un esame approfondito. Va in particolare dimostrata la loro idoneità ad accogliere e provvedere all'educazione di un figlio (art. 268a CC).

3.2 Procreazione assistita

3.2.1 Introduzione

Le disposizioni del Codice civile in merito all'insorgere della filiazione si fondano sulla procreazione naturale e presuppongono dunque un atto sessuale e la nascita. Si presume tacitamente che la partoriente (madre biologica) sia la donna il cui ovocita è stato precedentemente fecondato (madre genetica), e che quest'ultima crescerà poi il figlio (madre sociale). Le uniche deroghe a tale regola derivano dal diritto in materia di adozione.

Sino a qualche tempo fa, esisteva solamente la scissione della paternità (se si prescinde dalla madre adottiva nel diritto in materia di adozione). Si parla di scissione della paternità quando il padre genetico non è identico con il padre giuridico (figlio spurio). Con l'ausilio della procreazione assistita è ora possibile scindere anche la maternità. La madre genetica dona l'ovocita, quella gestazionale-biologica partorisce il bambino e quella sociale lo cresce. La filiazione genetica può subire un'ulteriore scissione: in Gran Bretagna il Parlamento è chiamato ad esprimersi su una modifica della legge sulla fecondazione assistita al fine di consentire i cosiddetti «figli di tre genitori». In questi casi si utilizza il materiale genetico di tre invece che di due persone per la fecondazione artificiale. Scopo di tale metodo è prevenire malattie genetiche ereditarie⁵⁷.

In tal modo, un sistema sviluppatosi per secoli è confrontato a una nuova realtà. La sostituzione del materiale genetico di uno o ambedue i genitori con materiale genetico di terzi e la conseguente possibilità di partorire un bambino per un'altra donna fa sorgere un interrogativo: chi è la madre? Sinora il principio *mater semper certa est* non rendeva necessario porsi

⁵⁶ Cfr. *ex multis* Ingeborg Schwenzer (nota 54), n. 5 segg. ad art. 256.

⁵⁷ Kind mit Genen von drei Eltern, NZZ del 29 giugno 2013.

tale quesito. Tuttavia, se l'identità della madre del bambino non è certa, non è neppure possibile attribuire la paternità legale secondo le regole abitualmente applicate.

3.2.2 Basi legali

Il legislatore ha definito il concetto di medicina riproduttiva nella LPAM. Sono considerati tali tutti i metodi tesi a indurre una gravidanza senza un rapporto sessuale (art. 2 lett. a LPAM).

Tale definizione è formulata in modo molto ampio e include metodi che sollevano complesse questioni di carattere pratico, etico e morale.

Per tale motivo nella Costituzione federale del 18 aprile 1999⁵⁸ (Cost.) è sancito il principio secondo il quale l'essere umano va protetto dagli abusi della medicina riproduttiva e anche dell'ingegneria genetica in ambito umano (art. 119 cpv. 1 Cost.). Tale principio è concretizzato con il divieto di procedere a determinate tecniche, quali la clonazione dell'essere umano, gli interventi nel patrimonio genetico di cellule germinali e embrioni umani, il trasferimento o la fusione di patrimonio germinale e genetico non umano nel patrimonio genetico umano nonché la donazione di embrioni e ogni forma di maternità sostitutiva (art. 119 cpv. 2 lett. a, b e d). La legge vieta anche la donazione di ovociti (art. 4 LPAM).

Nel messaggio relativo all'iniziativa popolare «per la protezione dell'essere umano dalle manipolazioni nella tecnologia della procreazione (Iniziativa per una riproduzione rispettosa della dignità umana) e alla legge federale concernente la procreazione con assistenza medica (Legge sulla medicina della procreazione, LPAM)», il Consiglio federale ha motivato tali divieti con il principio *mater semper certa est*: la procreazione assistita non deve portare a relazioni familiari che non sarebbero possibili per via naturale. Per tale motivo, la donna partoriente va sempre considerata la madre legale del bambino. La scissione della paternità invece presenta un parallelo con la procreazione naturale poiché il marito della partoriente non è necessariamente il padre biologico del figlio⁵⁹.

Sono dunque lecite tutte le tecniche di procreazione assistita che rispettano il principio *mater semper certa est*, ossia l'inseminazione artificiale (art. 2 lett. b LPAM), la fecondazione in vitro (art. 2 lett. c LPAM) e il trasferimento di gameti (art. 2 lett. d LPAM). Tali metodi consentono di stabilire agevolmente il rapporto di filiazione con i genitori. Anche la donazione di spermatozoi (art. 3 cpv. 3 LPAM) è ammessa per coppie sposate, sebbene differisca in un punto essenziale dalle tecniche indicate in precedenza: geneticamente il bambino non è figlio del marito della madre, anche se per legge quest'ultimo è considerato il padre. È dunque la legge stessa a istituire la paternità legale con un bambino con il quale si sa non sussistere alcun legame genetico. Il rapporto di filiazione così instaurato non può essere annullato se il marito ha consentito al metodo di procreazione. Né lui né il figlio (e neppure il padre genetico) possono in seguito impugnare il rapporto di filiazione (art. 256 cpv. 3 CC e 23 LPAM).

In Svizzera la medicina riproduttiva può dunque aiutare soltanto le donne che dispongono di ovociti propri per la fecondazione e che sono in grado di portare a termine la gravidanza e di partorire il bambino. A ragione del divieto della donazione di ovociti e della maternità surrogata, qualsiasi metodo che si spinge oltre è inammissibile. Per contro, se è il marito a essere sterile, vi è la possibilità di ricorrere alla donazione di spermatozoi.

Inoltre, la LPAM prevede che i metodi utilizzati dalla medicina riproduttiva devono garantire il benessere del nascituro. Ciò implica in particolare il diritto del minore a conoscere le sue origini. Una coppia sposata potrà ricorrere ai metodi di procreazione assistita soltanto se vi è un'indicazione medica. Prima di ogni trattamento, i medici sono tenuti a informare e consi-

⁵⁸ RS 101.

⁵⁹ FF 1996 241 segg.

gliare in modo accurato la coppia interessata, che deve dare il consenso scritto al trattamento. È vietato determinare il sesso o altre caratteristiche del figlio selezionando i gameti.

In definitiva la LPAM disciplina le modalità di procreazione che si differenziano dal concepimento naturale. All'atto sessuale subentra l'unione delle cellule germinali al di fuori del corpo della donna (salvo nel caso dell'inseminazione artificiale). Al rapporto di filiazione si applicano le disposizioni del Codice civile: la madre è la donna che ha partorito il bambino, il padre è il marito della madre. Visto il divieto di donare ovociti, nella concezione della LPAM la madre biologica è sempre identica a quella genetica.

3.2.3 La maternità surrogata in Svizzera

Sebbene in virtù dell'articolo 8 della Convenzione del 4 novembre 1950⁶⁰ per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ogni coppia ha il diritto di procreare un bambino e di ricorrere ai metodi della riproduzione artificiale, gli Stati possono disciplinare la procreazione assistita e vietare determinati metodi riproduttivi alle condizioni di cui all'articolo 8 capoverso 2 CEDU⁶¹.

In Svizzera la maternità surrogata è vietata. È punibile chiunque applica un metodo di procreazione a una madre sostitutiva o fa da mediatore per maternità sostitutive (art. 31 LPAM). Tuttavia, né per la madre surrogata né per i genitori intenzionali è prevista una sanzione penale.

In base all'articolo 20 capoverso 1 della legge federale del 30 marzo 1911⁶² di complemento del Codice civile svizzero (CO), un accordo di maternità surrogata retto dal diritto svizzero è nullo. L'oggetto del contratto essendo contrario alla legge⁶³ e ai buoni costumi⁶⁴, nessuna pretesa contrattuale può essere fatta valere.

Nel caso di una scissione di maternità, il rapporto di filiazione è sempre istituito con la partoriente (*mater semper certa est*), vale a dire con la madre surrogata e il suo eventuale marito (art. 252 cpv. 2 CC), indipendentemente dall'esistenza di un contratto.

La madre intenzionale deve adottare il bambino, e lo stesso deve fare il padre intenzionale. Se invece la madre surrogata è nubile, il padre intenzionale che ha fornito lo sperma ha la possibilità di riconoscere il bambino⁶⁵.

Indipendentemente dal divieto della maternità surrogata, l'inquadramento giuridico di un accordo di maternità surrogata concluso a titolo oneroso è poco chiaro. Infatti, non è possibile classificarlo in modo plausibile tra i tipi di contratto previsti dal Codice delle obbligazioni^{66,67}.

3.2.4 La maternità surrogata all'estero

I diversi approcci giuridici e politici nazionali possono essere suddivisi come illustrato qui di seguito⁶⁸.

⁶⁰ Cfr. la sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, n. 57813/00, S.H. e altri contro Austria, § 82.

⁶¹ Cfr. la sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, n. 57813/00, S.H. e altri contro Austria, § 82.

⁶² RS 220.

⁶³ Ingeborg Schwenzer (nota 54), n. 10 ad. art. 252 CC.

⁶⁴ Birgit Christensen (nota 1), pag. 6.

⁶⁵ Ingeborg Schwenzer (nota 54), n. 6 segg. ad art. 252 CC.

⁶⁶ Jäggi/Widmer, Der Leihmutterschaftsvertrag, in: Forstmoser/Tercier/Zäch (ed.), *Innominatverträge*, Zürich 1988, pag. 69.

⁶⁷ Cfr. in merito alla qualifica giuridica Birgit Christensen (nota 1), pag. 6.

3.2.4.1 Paesi che vietano i contratti di maternità surrogata

I contratti di maternità surrogata sono espressamente vietati per legge in alcuni Paesi, quali la Germania, la Francia, l'Italia, il Giappone, la Cina (continentale), il Messico (Stato federale del Querétaro), la Norvegia, l'Austria, il Portogallo, la Svezia, la Svizzera, la Slovenia, la Spagna e alcuni stati degli Stati Uniti d'America (p. es. Arizona, Distretto di Columbia).

3.2.4.2 Paesi senza legislazione specifica in materia di maternità surrogata

Un secondo gruppo di Paesi condivide le seguenti caratteristiche: (1) la legge non vieta esplicitamente i contratti di maternità surrogata in generale; (2) tuttavia, in virtù di disposizioni specifiche o di principi generali del diritto, tali contratti sono nulli e privi di effetto per quanto concerne la loro clausola essenziale (ossia l'obbligo della madre surrogata di consegnare ai genitori intenzionali il bambino o i bambini dopo la nascita); (3) in taluni di questi Paesi, la maternità surrogata *a titolo commerciale* è vietata da specifiche norme penali o da disposizioni penali generali, ad esempio quelle sulla tratta di minori; (4) in molti di tali Paesi (ma non in tutti), cliniche specializzate presenti sul territorio consentono tuttavia la maternità surrogata senza finalità commerciali (altruistiche), ma sovente spetta poi a tali cliniche definire le condizioni precise da applicare al trattamento.

Di tale gruppo di Stati fanno parte, tra l'altro, i Paesi o i territori seguenti: l'Argentina (ma i contratti commerciali non sono espressamente vietati e occorrerebbero ulteriori approfondimenti per appurare se tali contratti violerebbero altre leggi interne); l'Australia (il Territorio del Nord, che non dispone di alcun testo sulla maternità surrogata, ma prevede restrizioni concrete contro la maternità surrogata a titolo commerciale in cliniche specializzate); il Belgio; il Brasile (sebbene non esista una legislazione che inquadri la maternità surrogata, una risoluzione del Consiglio Federale di Medicina [1957/2010] ha sancito regole destinate alle cliniche che offrono tecniche di procreazione artificiale [TPA], inclusa la maternità surrogata; tale risoluzione precisa che i contratti commerciali non sono consentiti); l'Irlanda; il Giappone (la Società giapponese di ostetricia e ginecologia nel 2013 ha adottato linee guida che vietano ai medici un coinvolgimento nei contratti di maternità surrogata; non vi è una norma che la vieti esplicitamente, ma di fatto la maternità surrogata viene scoraggiata); il Canada (la legge sulla procreazione assistita del 2004 vieta i contratti di maternità surrogata a titolo commerciale; il disciplinamento della filiazione compete alle province e le loro posizioni divergono decisamente su tale argomento; tuttavia la maggior parte delle province non ha disciplinato il rapporto di filiazione giuridico dei bambini nati da madre surrogata); il Messico (Stato del Messico) nonché i Paesi Bassi, la Repubblica Ceca, gli Stati Uniti (p. es. Michigan, New York), il Venezuela e Cipro.

3.2.4.3 Paesi nei quali la maternità surrogata è espressamente consentita e disciplinata

Tali Paesi si dividono in due gruppi in funzione del tipo d'inquadramento previsto dalla legge. Un primo gruppo applica una procedura di approvazione preliminare: i genitori intenzionali e la madre surrogata sono tenuti a sottoporre per approvazione il contratto di surroga a un apposito organismo prima ancora che il contratto venga in essere e abbia inizio qualsiasi trattamento; tali organismi verificano che il contratto adempia i requisiti previsti dalla legge.

⁶⁸ Le informazioni seguenti sono tratte dal rapporto preliminare n. 10 di marzo 2012 della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf> (26 agosto 2013).

Un secondo gruppo prevede una normativa tesa unicamente all'istituzione di una procedura che trasferisca *ex post facto* ai genitori intenzionali la responsabilità legale di un bambino nato da madre surrogata.

La grande maggioranza dei Paesi che disciplinano la maternità surrogata ammette esclusivamente contratti a carattere altruistico. In molti Paesi il rispetto di tale condizione è garantito da norme penali che puniscono la maternità surrogata a titolo commerciale.

Rientrano in questa categoria i Paesi o territori seguenti: l'Australia (Australia meridionale, Australia occidentale, Nuovo Galles del Sud, Queensland, Territorio della capitale australiana, Victoria), la Cina (Hong Kong SAR), la Danimarca, la Grecia, Israele, il Canada (Alberta, Colombia Britannica), il Sudafrica, il Regno Unito e la Nuova Zelanda.

3.2.4.4 Paesi permissivi nei confronti della maternità surrogata (compresa quella a titolo commerciale)

In questi Paesi, la maternità surrogata a titolo commerciale è autorizzata e praticata; di norma sono previste anche le procedure che consentono a uno o ambedue i genitori intenzionali di acquisire lo statuto di genitori legali del bambino. I genitori intenzionali non devono adempiere alcun criterio quanto a residenza abituale o domicilio.

Tali Paesi sono: la Georgia, l'India, l'Uganda, la Russia, la Thailandia, l'Ucraina e alcuni stati degli Stati Uniti d'America (la maternità surrogata a titolo commerciale è ammessa per giurisprudenza positiva o legislazione in 18 stati: giurisprudenza – California, Carolina del Sud, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pennsylvania; legislazione – Alabama, Arkansas, Connecticut, Dakota del Nord, Illinois, Iowa, Nevada, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, Virginia occidentale).

3.2.4.5 La maternità surrogata estera e la Svizzera

Quando i genitori intenzionali svizzeri ricorrono a una madre surrogata all'estero per far nascere un bambino che poi portano in Svizzera o fanno iscrivere nel registro dello stato civile, va in particolare appurato chi, dal punto di vista giuridico, siano i genitori dopo la nascita del bambino. A tal fine occorre riconoscere il rapporto di filiazione stabilito all'estero.

Nell'ambito del riconoscimento del rapporto di filiazione stabilito all'estero, occorre verificare se era data la competenza dell'autorità straniera (competenza indiretta) e se la decisione è definitiva. Da ultimo, la decisione da riconoscere oppure l'atto dello stato civile straniero non devono essere contrari all'ordine pubblico svizzero né per il loro tenore né per le modalità con cui sono stati adottati (ordine pubblico materiale e formale).

La prassi attuale si fonda abitualmente sul principio che la maternità surrogata costituisce una violazione dell'ordine pubblico (cfr. n. 3.3.2). Al Consiglio federale non risulta che sia mai stato riconosciuto un rapporto di filiazione manifestamente attribuibile a un rapporto di maternità surrogata all'estero per il quale non sia stato possibile stabilire all'estero, mediante riconoscimento o decisione, almeno la paternità del padre intenzionale svizzero. Nella dottrina la questione rimane controversa (cfr. *infra* n. 3.4).

3.3 I quesiti dell'autrice del postulato

3.3.1 Introduzione

Nell'ambito del riconoscimento dei rapporti di filiazione sorti in seguito a maternità surrogata, la Svizzera applica una prassi restrittiva. Il quesito centrale è se un atto di nascita straniero

che non documenta l'effettiva nascita possa essere riconosciuto in Svizzera; infatti come genitori figurano le persone che si sono garantite in giudizio o per contratto la genitorialità del bambino frutto di maternità surrogata. L'atto rispecchia dunque una decisione giudiziaria o un contratto di diritto privato, per cui si tratta piuttosto di un documento che disciplina l'autorità parentale sul figlio anziché di un atto attestante la nascita. Per tale motivo, determinati ordinamenti giuridici (p. es. California) consentono di rilasciare un atto di nascita intestato a due uomini senza riferimento a una madre. In siffatti casi è evidente che l'atto di nascita non rispecchia le circostanze biologiche, ma disciplina almeno in parte i diritti dei genitori.

In genere il primo contatto delle autorità svizzere con i genitori intenzionali ha luogo quando questi hanno già in custodia il minore. All'estero sono considerati i suoi genitori legali. Parte dei genitori intenzionali si trova in Svizzera con il bambino, altri sono trattenuti all'estero per sospetto di maternità surrogata. Potranno entrare in Svizzera con il bambino soltanto se il nostro Paese riconosce un rapporto di filiazione con almeno uno dei genitori.

3.3.2 Prassi attuale

Prima di rispondere alle domande dell'autrice del postulato, s'intende illustrare brevemente il motivo per il quale un rapporto di filiazione stabilito all'estero attraverso una maternità surrogata non viene per ora riconosciuto in Svizzera. In questa sede non è fatta menzione dei pareri divergenti nella dottrina, in quanto si tratta di un semplice sunto degli argomenti sui quali si fonda l'attuale prassi restrittiva.

3.3.2.1 Elusione dell'ordinamento giuridico svizzero

In Svizzera, la Costituzione vieta la maternità surrogata. I genitori intenzionali che ricorrono a una madre surrogata all'estero eludono tale divieto infrangendo anche altri principi del diritto internazionale e di quello elvetico: il bene del minore deve prevalere nell'ambito di qualsiasi procedura. Il diritto svizzero, ma anche quello internazionale, prevede meccanismi che consentono alle coppie senza bambini di diventare genitori. L'obiettivo di tali disciplinamenti è la protezione del minore e dei genitori biologici, la prevenzione della tratta di minori e della commercializzazione del patrimonio germinale umano. Inoltre, tali norme prevedono un esame rigoroso dell'interesse del minore e dell'idoneità dei genitori adottivi a occuparsi del bambino. Infine occorre sincerarsi che, qualora il minore lo desideri, possa risalire alla sua filiazione. Nel caso della maternità surrogata, invece, tutte queste norme a tutela del minore e dei genitori biologici vengono eluse dai genitori intenzionali.

3.3.2.2 Diritti del bambino

Vi è violazione dell'ordine pubblico svizzero se l'interesse del minore non è stato sottoposto a un esame scrupoloso al momento di stabilire la genitorialità legale. Un'adozione pronunciata all'estero è dunque considerata contraria all'ordine pubblico⁶⁹ se non vengono appurate le condizioni determinanti e l'idoneità dei genitori. Difficilmente una verifica di questo tipo ha luogo nei casi di maternità surrogata all'estero. È dunque contrario all'ordine pubblico svizzero che un bambino nato da madre surrogata perda i suoi genitori biologici e che i genitori intenzionali possano acquisire la genitorialità legale a prescindere dalla loro idoneità.

In Svizzera l'idoneità non viene verificata soltanto per l'attribuzione dell'autorità parentale o l'adozione. Anche chi «*semplicemente*» accoglie un minore deve sostenere un esame di

⁶⁹ Urwyler/Hauser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Honsell/Vogt/Geiser (ed.), 4a edizione, Zurigo e San Gallo 2010, n. 16 ad art. 78.

idoneità sia che si tratti di una famiglia di accoglienza o di un istituto (cfr. ordinanza sull'affiliazione del 19 ottobre 1977; OAMin⁷⁰).

Lo scopo della verifica dell'idoneità è tutelare gli interessi preponderanti del minore. Soltanto le persone idonee dovrebbero poter diventare genitori legali di un bambino con il quale non sussiste alcun legame di sangue. I futuri genitori adottivi devono, per le loro qualità personali, lo stato di salute, il tempo a disposizione, la situazione finanziaria e l'idoneità a educare, offrire garanzie per la cura, l'educazione e la formazione del minore (art. 5 cpv. 2 lett. d n. 1 dell'Ordinanza sull'adozione del 29 giugno 2011 [OAdoz]⁷¹). Di conseguenza, parte della dottrina respinge pure i cosiddetti riconoscimenti di compiacenza: *il riconoscimento di un bambino non può costituire un'alternativa all'adozione e le rigorose regole dell'adozione non vanno eluse con riconoscimenti di compiacenza*⁷².

Lo stesso vale per la maternità surrogata. Una sentenza di compiacenza fondata su un contratto di maternità surrogata e sul presumibile pagamento di un determinato importo, che attribuisce la maternità a una donna senza alcun legame di parentela con il bambino, non deve consentire di eludere le condizioni poste all'adozione.

Per il bene del bambino come pure per lo sviluppo della personalità di ogni essere umano non conta soltanto la genitorialità legale, ma anche la consapevolezza della propria origine genetica e biologica. Conoscere le proprie origini costituisce un elemento importante della personalità e dell'identità di una persona. Ogni minore ha il diritto di conoscere la propria origine genetica (art. 119 cpv. 2 lett. g Cost., 27 LPAM, 268c CC, 7 cpv. 1 della Convenzione del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo⁷³ e art. 8 CEDU). Nella maggior parte dei casi di maternità surrogata, tale diritto del bambino viene annullato ancor prima della sua nascita. Anche sotto tale profilo una maternità surrogata straniera viola l'ordine pubblico svizzero.

3.3.2.3 Situazione giuridica della madre surrogata

Nella maggioranza dei casi i diritti genitoriali vengono convenuti prima della nascita del bambino. Ciò significa che la madre surrogata e – se coniugata – suo marito rinunciano alla genitorialità e danno il loro accordo affinché il bambino dopo la nascita venga considerato il figlio dei genitori intenzionali. Rinunciare ai propri diritti di genitori prima della nascita viola l'ordine pubblico svizzero. Lo stesso vale per un contratto che non rispetti il principio *mater semper certa est*⁷⁴.

Inoltre la maternità surrogata può comportare dei rischi per la salute della madre surrogata e celare il pericolo dello sfruttamento di donne in una difficile situazione economica e sociale. In tale contesto si tratta di garantire i diritti delle donne. La Svizzera condanna tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne impegnandosi ad adottare le misure adeguate e a contribuire alla comprensione della maternità come funzione sociale (art. 2 lett. a e d in combinato disposto con l'art. 5 della Convenzione del 18 dicembre 1979⁷⁵ sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna).

⁷⁰ RS **211.222.338**.

⁷¹ RS **211.221.36**.

⁷² Cyrill Hegnauer, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. II/2, 4a edizione, Berna 1984, n. 62 ad art. 260.

⁷³ RS **0.107**.

⁷⁴ Kurt Siehr, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2a edizione, Zurigo, Basilea e Ginevra 2004, n. 19 ad art. 70.

⁷⁵ RS **0.108**.

3.3.3 Conseguenze di tale prassi

Dal punto di vista giuridico, le persone residenti in Svizzera che ricorrono a una madre surrogata all'estero non sono considerate, in Svizzera, i genitori del bambino – sebbene di regola figurino come genitori nell'atto di nascita straniero.

Se il padre intenzionale è anche il padre genetico del bambino, può riconoscerlo dopo che la paternità di un eventuale marito della madre surrogata è stata annullata. Sua moglie, che nella maggioranza dei casi non è la madre genetica del bambino, deve adottarlo.

La situazione giuridica attuale in Svizzera non consente a partner dello stesso sesso e a conviventi di adottare il figlio del padre genetico. L'adozione dei figliastri è riservata alle coppie sposate. Il rifiuto del riconoscimento comporta, dunque, che il bambino ha un solo genitore giuridico.

Se né il padre intenzionale né la madre intenzionale hanno un legame genetico con il bambino, devono adottarlo insieme. Anche tale circostanza presuppone che i genitori intenzionali siano sposati e che soddisfino i requisiti per l'adozione. Qualora non li adempissero, il bambino rimane senza genitori dal punto di vista giuridico.

Se i genitori intenzionali sono in Svizzera con il bambino, la questione della genitorialità va chiarita dinanzi alle autorità nazionali. Se invece i genitori intenzionali sono ancora all'estero con il bambino, devono, per quanto possibile, far regolarizzare in loco i diritti parentali. Finché la questione non è chiarita, l'entrata nel nostro Paese è rifiutata sia ai genitori intenzionali sia al bambino. Di solito si chiede che la madre surrogata e suo marito figurino nell'atto di nascita come genitori «originari» e che tale iscrizione venga poi cancellata in seguito a consenso dato dopo la nascita e pertinente decisione. In una seconda fase, il padre genetico ha la possibilità di riconoscere il bambino per condurlo in Svizzera.

3.3.4 I singoli quesiti

3.3.4.1 In che modo sono tutelati i diritti dei bambini?

In numerosi casi né l'atto di nascita né le circostanze esterne lasciano presumere che si tratta di una maternità surrogata. In un siffatto caso, il rapporto di filiazione è riconosciuto e iscritto nel registro dello stato civile. Lo Stato non ha modo di intervenire per proteggere il bambino poiché è semplicemente all'oscuro della maternità surrogata.

Se l'autorità competente si accorge che si tratta di un caso di maternità surrogata, rifiuta di procedere al riconoscimento del rapporto di filiazione. I diritti del bambino saranno in seguito tutelati istituendo il rapporto di filiazione. La procedura di riconoscimento e/o di adozione che ne risulta garantisce che la maternità surrogata venga documentata e che la biografia del bambino non presenti lacune. La procedura di adozione garantisce che i diritti e gli interessi del bambino siano oggetto di un esame approfondito.

Indipendentemente dal rapporto giuridico di filiazione, i principi della protezione dei minori si applicano a tutti i bambini in Svizzera. Se un bambino è in pericolo o se rischia di essere messo in pericolo, l'autorità di protezione dei minori è tenuta ad adottare le pertinenti misure di protezione.

3.3.4.2 Come è garantito il diritto a conoscere le proprie origini?

Poiché i genitori intenzionali devono riconoscere o adottare il bambino, la maternità surrogata viene documentata. Il rapporto di filiazione con la madre surrogata è prima iscritto nel registro dello stato civile e poi, come nel caso dell'adozione, annullato. Questo consente al figlio di accedere, più tardi nella vita, ai dati della sua filiazione biologica. Se i genitori inten-

zionali scelgono una donatrice nota, devono conservare i pertinenti dati e renderli accessibili nel caso in cui il figlio ne facesse richiesta. In Svizzera, contrariamente a quanto è previsto per i donatori di sperma, non vi è alcun registro delle donatrici di ovociti. Se i genitori scelgono una donatrice anonima, eliminano irrevocabilmente qualsiasi possibilità per il bambino di risalire alla propria filiazione genetica da parte di madre. Lo stesso dicasi per la filiazione genetica da parte di padre se i genitori intenzionali scelgono di ricorrere a una donazione anonima di sperma all'estero.

3.3.4.3 Come è garantito che un bambino possa in futuro contattare la propria madre surrogata?

Il bambino ha il diritto di conoscere le proprie origini. Il diritto a stabilire un contatto non è previsto nella LPAM.

3.3.4.4 Come si distingue la situazione giuridica dei bambini impiantati nell'utero della madre surrogata come ovulo fecondato da quella dei bambini nati da una madre surrogata fecondata con lo sperma del padre committente?

La circostanza che la madre surrogata sia anche la madre genetica del bambino non ha alcun influsso sulla situazione giuridica in Svizzera: la donna che partorisce il bambino è considerata la madre.

Se l'ovocita non è fecondato con lo sperma del padre intenzionale, non vi è alcun legame genetico con quest'ultimo. In questo caso non ha la possibilità di riconoscere il bambino e ambedue i genitori intenzionali sono tenuti ad adottare il bambino. Se l'ovocita è fecondato con lo sperma del padre intenzionale, questi è il padre genetico del bambino e può dunque riconoscere il bambino non appena è stata annullata un'eventuale paternità giuridica esistente, in particolare quella del marito della madre surrogata.

3.3.4.5 Nel secondo caso, qual è la situazione giuridica della madre sociale partner del padre committente rispetto a quella della madre surrogata?

In ambedue i casi, la madre del bambino è la donna che lo ha partorito. La madre intenzionale è in ogni caso tenuta ad adottare il bambino.

3.3.4.6 Qual è la situazione in caso di coppie conviventi o omosessuali?

Se lo spermatozoo proviene dal padre intenzionale, quest'ultimo può, dopo l'annullamento di un eventuale rapporto giuridico di filiazione esistente, riconoscere il bambino. La madre intenzionale per contro non ha alcuna possibilità di instaurare un rapporto di filiazione legale. Il diritto svizzero non prevede il riconoscimento da parte della madre né l'adozione di figliastri per le coppie non sposate. L'adozione comune è consentita soltanto ai coniugi; è invece preclusa alle coppie di fatto e a quelle omosessuali.

Nel caso di coppie omosessuali maschie, uno dei padri intenzionali è sovente il padre genetico del bambino e può quindi riconoscerlo. Attualmente il secondo padre intenzionale non ha alcuna possibilità di instaurare un rapporto di filiazione.

Sinora non sono noti casi di maternità surrogata di coppie omosessuali femminili. Attualmente la compagna della madre non può adottare i figliastri. Tale costellazione giuridica fa sì che il bambino abbia soltanto un genitore in Svizzera.

3.4 Critica della prassi attuale da parte della dottrina

La prassi illustrata al numero 3.3.2 è criticata da parte della dottrina, che chiede il riconoscimento degli atti di nascita stranieri riconducibili a una maternità surrogata⁷⁶. Tale critica poggia sugli argomenti seguenti: il benessere del bambino deve prevalere sul divieto previsto dalla Costituzione nonché sul rischio di provocare un turismo procreativo. I genitori intenzionali vanno dunque iscritti come genitori legali. Ogni bambino ha il diritto a due genitori e non va punito per atti commessi dai genitori intenzionali. Sussiste inoltre anche il rischio dell'impossibilità di stabilire un rapporto di filiazione se l'adozione non andasse a buon fine. In tal caso il minore si ritroverebbe senza genitori e non potrebbe essere registrato. I genitori intenzionali per legge non sarebbero obbligati a occuparsi del bambino, che perderebbe la pretesa al mantenimento e i diritti successori. Se i genitori intenzionali sono ricorsi a un dono di ovocita anonimo, lo Stato non può rimediare al fatto rifiutando l'iscrizione, motivo per il quale non può addurre tale giustificazione per rifiutare di regolarizzare il rapporto di filiazione.

3.5 Valutazione della prassi attuale

Il Consiglio federale è consapevole che la prassi attuale di cui al numero 3.3.2 non è del tutto soddisfacente. Settimane se non addirittura mesi possono trascorrere prima che i diritti genitoriali siano regolati in modo corretto. Può pertanto succedere che i genitori intenzionali svizzeri siano costretti ad attendere all'estero con il bambino frutto di una maternità surrogata e non siano autorizzati a entrare in Svizzera. In questo periodo il minore non acquisisce la cittadinanza dei genitori intenzionali né viene iscritto in un registro. Occorre pure chiedersi cosa significhi se il bambino, accudito dai genitori intenzionali, viene attribuito legalmente soltanto a uno o magari a nessuno dei due genitori. Il genitore intenzionale che non figura come genitore legale non ha alcun obbligo giuridico vincolante nei confronti del minore e, in caso di separazione, può sottrarsi a qualsiasi tipo di responsabilità legale.

A prescindere dal fatto che i genitori intenzionali si trovino in Svizzera o all'estero, è praticamente impossibile togliere il bambino ai genitori intenzionali svizzeri per riconsegnarlo alla madre surrogata all'estero – senza contare che è improbabile che la madre surrogata sarebbe disposta a riprendersi effettivamente il bambino. Togliere il bambino ai genitori intenzionali in Svizzera in vista di una successiva adozione dovrebbe entrare in linea di conto soltanto se il minore, restando affidato ai genitori intenzionali, corre un grave e duraturo pericolo, il che rende proporzionata tale misura.

La situazione è dunque difficile da accettare: alcuni genitori intenzionali non vengono iscritti come genitori legali del minore sebbene di fatto lo accudiscano e si occupino della sua educazione. È il caso segnatamente dei conviventi e delle coppie omosessuali, ma anche di altre persone che non adempiono i requisiti per l'adozione. Queste considerazioni depongono a favore di un riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori intenzionali.

Le autorità competenti per il riconoscimento devono affrontare una ponderazione degli interessi molto delicata. Il divieto della maternità surrogata sancito dalla Costituzione dovrebbe a priori deporre contro il riconoscimento del rapporto di filiazione. Se invece le autorità tengono in considerazione soprattutto il bene del bambino, dovrebbero propendere per il riconoscimento del rapporto di filiazione o consentirne l'instaurazione.

⁷⁶ Ex multis Andrea Büchler/Nora Bertschi, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, FamPra 2013 33 segg. con ulteriori riferimenti.

Un bambino non va punito per gli errori commessi da altri, ossia dai genitori intenzionali⁷⁷. Di fatto però il riconoscimento del rapporto di filiazione incoraggerebbe i genitori intenzionali a eludere il divieto svizzero della maternità surrogata. Se i genitori intenzionali sanno che il rapporto di filiazione viene instaurato o riconosciuto non appena accudiscono il bambino, il divieto perde inevitabilmente la sua efficacia, il che equivale ad assecondare lo sfruttamento delle madri surrogate nei Paesi poveri e la violazione dei diritti del minore.

Per valutare il margine di apprezzamento delle autorità svizzere competenti per il riconoscimento, occorre chiarire se ai sensi dell'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost. esse siano in linea di principio obbligate a non riconoscere i rapporti di filiazione instaurati all'estero riconducibili a una maternità surrogata.

A tali quesiti è stata data una risposta esaustiva nel parere giuridico allegato al presente rapporto. Le conclusioni tratte possono essere riassunte come segue:

1. Il primo periodo dell'articolo 119 capoverso 2 Cost. conferisce alla Confederazione la competenza di legiferare in materia di medicina riproduttiva. Il secondo periodo dell'articolo 119 capoverso 2 Cost. disciplina le modalità di utilizzo di tale competenza legislativa da parte della Confederazione. Stabilisce pertanto direttive sostanziali cui il legislatore deve attenersi. Da un canto, tali direttive sanciscono la protezione della dignità umana, della personalità e della famiglia, dall'altro enunciano i principali divieti e obblighi che vanno recepiti nella legislazione (art. 119 cpv. 2 lett. a-g). Tra questi è previsto il divieto della maternità surrogata (art. 119 cpv. 2 lett. d).

Poiché l'articolo 119 capoverso 2 Cost. non specifica la medicina riproduttiva praticata all'estero, occorre presumere che disciplini tali metodi esclusivamente in Svizzera. Il rischio che determinati divieti potessero essere aggirati facilmente recandosi all'estero era stato affrontato nel messaggio e durante i dibattiti parlamentari, ma non trasposto nella Costituzione o nella legge. Pertanto non è possibile affermare che dal mandato legislativo contenuto nell'articolo 119 cpv. 2 Cost. discenda un divieto di considerare in Svizzera i metodi della medicina riproduttiva praticati all'estero.

L'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost. non si applica direttamente al riconoscimento delle decisioni o dei documenti stranieri che stabiliscono un rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata. Lo stesso dicasi per l'articolo 4 LPAM. Anche il campo di applicazione della LPAM è circoscritto alla Svizzera. Né l'articolo 119 capoverso 2 Cost. né l'articolo 4 LPAM prevedono pertanto un divieto di riconoscere i rapporti di filiazione stabiliti all'estero riconducibili a una maternità surrogata.

L'articolo 119 capoverso 2 Cost. tutela la dignità umana e concretizza pertanto l'articolo 7 Cost. che, in quanto norma fondamentale, prevede la tutela della dignità umana nell'insieme dell'ordinamento giuridico⁷⁸. Di conseguenza, il riconoscimento del rapporto di filiazione straniero può essere rifiutato se ha leso la dignità della madre surrogata o del bambino. Anche in questo caso va tuttavia rammentato che dopo il parto diventa difficile tutelare la dignità della madre surrogata. Inoltre il minore non va punito negandogli dei diritti. Tali aspetti vanno ponderati in ogni singolo caso. In generale non è dunque possibile far discendere dall'articolo 7 Cost. in combinato disposto con l'articolo 119 capoverso 2 Cost. che ogni caso di maternità surrogata lede la dignità umana della madre surrogata o del bambino.

⁷⁷ Birgit Christensen (nota 1), pag. 1.

⁷⁸ In merito alla dignità umana nell'ambito della medicina riproduttiva si veda pure la Convenzione del 4 aprile 1997 per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina; RS **0.810.2**.

Sintesi: conformemente all'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost., le autorità svizzere non hanno l'obbligo di rifiutare sistematicamente i rapporti di filiazione stabiliti all'estero riconducibili a una maternità surrogata. La tutela della dignità umana del bambino e/o della madre surrogata può far pensare a una violazione dell'ordine pubblico e quindi opporsi al riconoscimento di un tale rapporto di filiazione. Tuttavia, se gli interessi preponderanti del bambino lo impongono, un tale rapporto di filiazione può venir riconosciuto.

2. Sorge inoltre l'interrogativo se il rifiuto di riconoscere un rapporto di filiazione di questo tipo sia compatibile con la Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo (CDF). La CDF sancisce uno standard minimo che gli Stati parti s'impegnano a garantire e sotto il quale non possono spingersi. La CDF s'integra nel sistema giuridico svizzero ed è direttamente applicabile se la singola norma è sufficientemente chiara e concreta. Non sono invece direttamente applicabili le norme che non fanno altro che disciplinare una materia a grandi linee e che quindi lasciano agli Stati ampia discrezionalità nell'interpretazione e nell'applicazione. Tali disposizioni sono rivolte soprattutto al legislatore che è chiamato a concretizzarle nell'ordinamento giuridico nazionale. Le disposizioni menzionate qui di seguito sono direttamente applicabili.

Il principio generale della CDF è l'interesse del bambino (art. 3 cpv. 1 CDF):

«In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione permanente.»

Tale principio non impedisce di prendere in considerazione altri interessi. In Germania, ad esempio, secondo la prassi attuale, il principio *mater semper certa est* è un principio assoluto. Ai bambini nati da una maternità surrogata e che si trovano all'estero, la Germania nega pertanto l'attribuzione legale ai genitori intenzionali tedeschi, il rilascio della cittadinanza tedesca e dunque anche l'entrata in Germania. Da notare che generalmente il bambino, nel Paese in cui si trova, è considerato come il figlio dei genitori tedeschi. In casi estremi tale interpretazione può comportare che un bambino resti apolide e sia costretto a vivere in condizioni precarie all'estero.

Per illustrare la situazione è possibile menzionare il caso di un minore che dal 5 ottobre 2010 vive in India con la madre intenzionale tedesca. Il padre intenzionale, che è anche il padre genetico del bambino, vive e lavora in Germania ove ha anche intentato una causa legale. Finora le autorità di tutte le istanze hanno rifiutato di riconoscere il rapporto di filiazione. Il minore vive ormai da tre anni in India. Di fronte a episodi di questo tipo occorre chiedersi se questo modo di procedere sia nell'interesse del bambino. È impossibile prevedere per quanto tempo ancora esso debba rimanere in India, come vivrà un eventuale trasferimento in Germania, come s'integrerà in questo Paese e come evolverà il rapporto con il padre genetico.

Il Consiglio federale è del parere che, conformemente alla CDF, la Svizzera abbia l'obbligo di ponderare gli interessi tenendo conto di tutti gli aspetti, quali anzitutto il benessere del bambino e i relativi obblighi come la protezione dei minori contro i maltrattamenti e l'abbandono (art. 19 CDF) o la registrazione di tutti i bambini senza alcuna discriminazione al momento della nascita (art. 7 CDF). Vanno inoltre presi in

considerazione anche aspetti come la prevenzione dei rapimenti, la vendita o la tratta di bambini per qualunque fine e sotto qualsiasi forma (art. 35 CDF)⁷⁹.

Il rifiuto generalizzato di riconoscere un rapporto di filiazione senza tenere conto del benessere del bambino viola l'articolo 3 capoverso 1 CDF. Lo Stato ha l'obbligo di proteggere i minori poiché sono i soggetti più deboli della società. Un bambino non è responsabile del fatto di essere nato da una madre surrogata. Se non è indispensabile, appare inopportuno privilegiare rigidamente l'ordinamento giuridico a scapito del bambino.

Il divieto di discriminazione (art. 2 CDF) obbliga gli Stati parti a tutelare i bambini contro ogni forma di discriminazione⁸⁰. Un minore non deve in particolare essere discriminato a ragione della sua nascita. Si configura una discriminazione qualora in una situazione analoga una persona sia trattata diversamente senza un valido motivo oggettivo. Di conseguenza una disparità di trattamento va motivata minuziosamente e non dev'essere contraria agli interessi preponderanti del bambino.

Sintesi: un rifiuto generalizzato di riconoscere un rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata può violare il divieto di discriminazione e pregiudicare il benessere del bambino. Nondimeno, il rifiuto di riconoscere un rapporto di filiazione instauratosi in seguito a una maternità surrogata può, nel caso specifico, essere compatibile con i diritti del minore. Il bene del minore va analizzato con cura e tutelato nel migliore dei modi⁸¹.

Conclusione: in linea di principio, un rapporto di filiazione stabilito all'estero riconducibile a una madre surrogata non è contrario all'ordine pubblico svizzero. Se il benessere del minore lo richiede, un riconoscimento o l'instaurazione di un rapporto di filiazione deve essere possibile. Un tale riconoscimento non costituisce una discriminazione di cittadini svizzeri⁸² e in questi termini è ammissibile.

Nel caso specifico la presa in considerazione del bene del minore può anche comportare il rifiuto di riconoscere il rapporto di filiazione. Tale rifiuto, nell'interesse del minore, è conforme alla CDF.

Le autorità competenti non possono dunque invocare in modo sistematico e astratto l'ordine pubblico o il bene del minore per rifiutare o accettare il riconoscimento. Le basi legali attuali forniscono loro gli strumenti necessari per analizzare i vari interessi in gioco nel singolo caso.

A tale riguardo, all'atto pratico occorre distinguere se esiste soltanto un atto di nascita o se il rapporto di filiazione è stato stabilito da un giudice dopo la nascita. Se dopo la nascita è stata pronunciata una decisione che si esprime sull'idoneità dei genitori intenzionali e illustra la genitorialità biologica, genetica e intenzionale, includendo le necessarie dichiarazioni, non dovrebbero esserci elementi che si oppongono a un riconoscimento del rapporto di filiazione.

⁷⁹ Cfr. l'osservazione generale n. 7/Rev. 1 del Comitato per i diritti del fanciullo, CRC/C/GC7/Rev.1 del 20 settembre 2006, §§ 25 e 36 b/h; cfr. pure la Convenzione del 15 novembre 2000 delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata; RS **0.311.54**, e il Protocollo addizionale del 15 novembre 2000 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone in particolare di donne e bambino; RS **0.311.542**, nonché la Convenzione del 16 maggio 2005 contro la tratta di esseri umani; RS **0.311.543**.

⁸⁰ Cfr. pure l'art. 24 del Patto internazionale dell'ONU relativo ai diritti civili e politici e il relativo (Patto II); RS **0.103.2** e le osservazioni generali n. 17 del Comitato per i diritti dell'uomo sui diritti dei bambini (art. 24) del 07.04.1989, n. 5 e 8.

⁸¹ Cfr. in merito il parere allegato.

⁸² Cfr. in merito il parere allegato.

3.6 Osservazioni conclusive della parte giuridica

3.6.1 Rapporto di filiazione

Condividendo la dottrina dominante, il Consiglio federale è convinto che il bene del minore sia l'elemento centrale dell'esame per l'attribuzione legale della genitorialità e quindi il riconoscimento o l'instaurazione del vincolo di filiazione.

Se, in via generale, le autorità competenti accordano maggiore importanza all'applicazione del divieto della maternità surrogata che al benessere del minore, quest'ultimo non viene ritenuto e preso sul serio come soggetto giuridico a pieno titolo, bensì strumentalizzato per altri scopi. Il rifiuto di riconoscere un rapporto di filiazione va dunque esaminato caso per caso.

Il Consiglio federale evidenzia tuttavia che un rapporto di filiazione stabilito all'estero riconducibile a una maternità surrogata non va riconosciuto con leggerezza. Nello specifico sono le autorità cui compete il riconoscimento e, in caso di ricorso, i tribunali a dover valutare gli interessi del minore e delle altre parti in causa.

Indipendentemente dai diritti genitoriali, l'autorità di protezione dei minori è tenuta e autorizzata ad adottare le misure necessarie per proteggere il bambino nel caso in cui il suo benessere fosse minacciato. Il fatto che non sia possibile attribuire la genitorialità ad ambedue i genitori intenzionali o addirittura a nessuno dei due non significa che nessuno si occupi del minore. In presenza di indizi che lascino supporre una messa in pericolo del minore, l'autorità di protezione esamina come porvi rimedio. Per prima cosa verifica se i genitori intenzionali sono idonei a crescere un bambino. Nel dubbio l'autorità di protezione dei minori è tenuta ad adottare le misure necessarie, quali ad esempio misure accompagnatorie, curatele o anche collocamenti presso terzi o in vista di adozione. Per ora il Consiglio federale è al corrente di un unico caso in cui un minore nato da madre surrogata è stato collocato, temporaneamente, presso terzi; il bambino è stato riaffidato ai genitori intenzionali in seguito a una perizia che stabiliva la loro idoneità a crescerlo in modo adeguato.

3.6.2 Documentazione della maternità surrogata

Indipendentemente dai diritti genitoriali, il Consiglio federale è del parere che occorra, per quanto possibile, tutelare il diritto del minore di conoscere la propria filiazione.

Di conseguenza i genitori biologici e genetici, sempreché i loro dati siano disponibili, vanno registrati senza tenere conto se nello specifico si tratti di un'adozione o del riconoscimento di un rapporto di filiazione straniero. Se i genitori intenzionali si sono serviti di una donatrice anonima, è necessario menzionare e documentare tale circostanza. In tal modo lo Stato tutela l'interesse del minore e il suo diritto a conoscere la propria ascendenza.

3.6.3 Corte Europea dei diritti dell'uomo

Dinanzi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo sono pendenti tre ricorsi contro il rifiuto di iscrivere o riconoscere l'atto di nascita di bambini nati da madri surrogate (Mennesson e altri c. Francia [n. 65192/11], Labassée e altri c. Francia [n. 65941/11] nonché Paradiso e Campanelli c. Italia [n. 25358/12]). L'esito è ancora aperto.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo si è più volte espressa su aspetti piuttosto rilevanti della maternità surrogata

Il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere a tecniche di riproduzione artificiale, tutelato dall'articolo 8 CEDU, non è violato da un divieto generalizzato di far capo a una donazione di ovociti o di spermatozoi per la fecondazione in vitro. Gli Stati parte dispon-

gono di un ampio margine di discrezionalità nel disciplinare la medicina procreativa, visti l'assenza di un consenso paneuropeo, il carattere controverso degli interrogativi morali ed etici e lo sviluppo molto dinamico della medicina riproduttiva⁸³. Nell'ambito della fecondazione in vitro, non viola l'articolo 8 CEDU⁸⁴ il fatto di non poter scavalcare la revoca del consenso dato dal partner per conservare e utilizzare le cellule germinali prelevate.

Il diritto a conoscere la propria filiazione (art. 8 CEDU) può essere limitato nell'ambito di un'adozione se l'interesse della madre biologica e l'interesse pubblico prevalgono su quello del minore⁸⁵. L'articolo 8 CEDU non garantisce alcun diritto all'adozione; tuttavia, se l'ordinamento giuridico nazionale prevede un tale diritto, quest'ultimo va applicato senza discriminazione⁸⁶. L'illiceità dell'adozione per le coppie di fatto può invece violare l'articolo 8 CEDU⁸⁷. Una normativa nazionale contro il riconoscimento di adozioni fondate su una decisione straniera valida da parte di persone non coniugate può violare l'articolo 8 CEDU e l'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14 CEDU⁸⁸.

Se non sussistono altri elementi legali o di fatto che dimostrino l'esistenza di una stretta relazione personale, la parentela biologica tra un genitore e un minore è di per sé insufficiente a garantire la tutela prevista all'articolo 8 CEDU. In generale la convivenza degli interessati costituisce una premessa del legame familiare. Se le circostanze lo giustificano, la nozione di «vita familiare» deve tuttavia estendersi anche alla relazione che potenzialmente potrebbe svilupparsi tra il padre biologico e i figli nati al di fuori dal matrimonio⁸⁹. Se è dimostrata l'esistenza di una relazione familiare con un bambino, lo Stato deve fare in modo che tale relazione possa svilupparsi ed è tenuto a prevedere misure di protezione giuridiche che garantiscano l'appartenenza del bambino alla sua famiglia sin dalla nascita o non appena possibile⁹⁰. Lo Stato è di conseguenza obbligato ad adottare le misure idonee (*positive obligations*), affinché i genitori possano ricongiungersi con il figlio⁹¹.

4 Studi e progetti di disciplinamento su scala internazionale

4.1 Osservazione preliminare

I diritti persi prima della richiesta d'iscrizione del rapporto di filiazione nel registro dello stato civile o prima dell'entrata in Svizzera non possono essere ristabiliti in sede di riconoscimento della filiazione. Poiché la perdita è avvenuta all'estero, le autorità svizzere hanno poche possibilità di intervenire. Una protezione effettiva può essere garantita soltanto se gli Stati interessati collaborano. La Svizzera si adopera pertanto a diversi livelli per contrastare gli abusi. Anche l'UE ha iniziato a interessarsi della questione.

⁸³ Sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, n. 57813/00, S.H. e altri contro Austria.

⁸⁴ Sentenza della Grande Camera del 10 aprile 2007, n. 6339/05, Evans contro Regno Unito.

⁸⁵ Sentenza della Grande Camera del 13 febbraio 2003, n. 42326/98, Odièvre contro Francia.

⁸⁶ Sentenza del 22 gennaio 2008, n. 43546/02, E.B. contro Francia.

⁸⁷ Sentenza del 13 dicembre 2007, n. 39051/03, Emonet e altri contro la Svizzera.

⁸⁸ Sentenza del 28 giugno 2007, n. 76240/01, Wagner e J.M.W.L. contro Lussemburgo.

⁸⁹ Sentenza del 21 dicembre 2010, n. 20578/07, Anayo contro Germania, § 56 segg.; cfr. anche sentenza del 17 gennaio 2012, n. 1598/06, Kopf e Liberda contro Austria, §§ 34 segg. concernente il legame familiare tra genitori affidatari e minore accudito.

⁹⁰ Sentenza del 27 ottobre 1994, n. 18535/91, serie A 297-C, Kroon e altri contro i Paesi bassi, § 32.

⁹¹ Sentenza del 24 febbraio 2009, n. 29768/05, Errico contro Italia, § 44.

4.2 Conferenza dell'Aia

Appoggiata dalla Svizzera, la Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato (HCCH)⁹² ha iniziato a occuparsi del tema, presentando nell'aprile 2012 al Consiglio Affari generali e Politica della Conferenza dell'Aia un rapporto preliminare sui problemi derivanti dagli accordi internazionali di maternità surrogata (*Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*⁹³). Il Consiglio ha invitato l'Ufficio permanente dell'HCCH a proseguire i lavori in particolare allestendo e distribuendo un questionario sul tema⁹⁴. Tale questionario è stato inviato agli Stati il 26 aprile 2013 con tempo fino il 1° agosto 2013 per rispondervi. Come sempre le risposte saranno messe online nel sito Internet dell'HCCH. Un rapporto finale verrà presentato al Consiglio nell'aprile 2014 affinché gli Stati membri della Conferenza dell'Aia possano discutere sull'ulteriore modo di procedere.

Il rapporto preliminare della Conferenza dell'Aia fornisce alcuni spunti di riflessione in merito all'approccio possibile in vista di un nuovo strumento in materia di maternità surrogata su scala internazionale. Un possibile approccio potrebbe essere di considerare la questione nel contesto più ampio di uno strumento internazionale completo che disciplini gli aspetti di diritto internazionale privato della costituzione e contestazione della filiazione giuridica e comprenda anche disposizioni in materia di competenze, di diritto applicabile e di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni. Tuttavia ciò non risolve il problema della riserva dell'ordine pubblico, abitualmente espresso in una clausola, che costituisce l'elemento chiave del non riconoscimento del rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata.

Un altro tipo di approccio sarebbe la creazione di un quadro di cooperazione sul modello della Convenzione dell'Aia del 1993 sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale. Invece di uniformare le disposizioni del pertinente diritto internazionale, sarebbe ipotizzabile istituire un sistema di standard minimi e garanzie di cooperazione fondato sul principio del reciproco riconoscimento, nel quale prevedere di escludere i rapporti di filiazione giuridici «claudicanti» riconducibili a un accordo di maternità surrogata. In tal modo sarebbe possibile impedire gli abusi. Da notare che nelle sue conclusioni e raccomandazioni⁹⁵ la Commissione speciale di giugno 2010, chiamata a valutare il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1993, ha evidenziato come ritenga inadeguata l'applicazione della Convenzione ai casi di maternità surrogata su scala internazionale.

4.3 Università di Aberdeen

La Conferenza dell'Aia collabora con l'università di Aberdeen, che sta conducendo uno studio di due anni sugli aspetti inerenti al diritto internazionale privato degli accordi di maternità surrogata in vista di una soluzione globale. Nel 2011 è stata organizzata una conferenza su tale tema nel corso della quale molti specialisti provenienti da numerosi Paesi hanno presen-

⁹² Cfr. le informazioni specifiche sul sito Internet della Conferenza dell'Aia in merito alle questioni di diritto internazionale privato legate allo statuto dei bambini, segnatamente in seguito a contratti internazionali di maternità surrogata http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178 (26 agosto 2013).

⁹³ Documento preliminare di marzo 2012, <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf> (26 agosto 2013).

⁹⁴ Conclusione e raccomandazione n. 21 del Consiglio Affari generali e politica, http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012concl_fr.pdf (26 agosto 2013).

⁹⁵ http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_f.pdf (26 agosto 2013).

tato i loro rapporti nazionali su questo tema. Tali rapporti, un'analisi e una proposta di disciplinamento internazionale sono stati pubblicati sotto forma di libro nel maggio del 2013⁹⁶.

4.4 Commissione internazionale dello Stato civile

Anche la Commissione internazionale dello Stato civile (CIEC), un'organizzazione intergovernativa con 17 Stati membri (inclusa la Svizzera), si è chinata sulla questione. Ha allestito un rapporto riassuntivo⁹⁷, aggiornato nel 2003, e redatto un rapporto breve nel 2007 in occasione del settimo congresso dell'Associazione europea degli ufficiali di stato civile⁹⁸. Attualmente la Segreteria generale dell'Associazione sta aggiornando il rapporto riassuntivo sulla base dei questionari inviati agli Stati membri.

4.5 Unione europea

Il Parlamento europeo ha incaricato la London School of Economics di allestire uno studio comparativo del regime applicabile alla maternità surrogata negli Stati membri dell'UE⁹⁹. Il rapporto finale, disponibile online¹⁰⁰, analizza il problema della maternità surrogata sotto tre angolazioni diverse: i dati empirici, le preoccupazioni etiche e politiche di carattere generale nonché le considerazioni giuridiche.

Per quanto concerne i dati empirici, il rapporto fa notare che sono disponibili pochissimi dati e statistiche anche se si registra un deciso aumento dei casi. Si raccomanda di creare un sistema di rilevamento dei dati in particolare nei Paesi nei quali la maternità surrogata è legale.

Il rapporto evidenzia pure che il tema solleva numerosi interrogativi di carattere etico e politico ad esempio in merito alle strutture sanitarie, all'accesso alle cure, al finanziamento e alle questioni di genere. Il rapporto suggerisce di avviare altre indagini sul tema accordando la priorità alla protezione delle madri surrogate contro il rischio dello sfruttamento.

Infine le considerazioni giuridiche del rapporto concernono i modelli legislativi nazionali come pure possibili approcci per l'Unione europea e/o per il diritto internazionale privato. Stando al rapporto è opportuno affrontare la questione su scala globale prestando particolare attenzione al coinvolgimento dell'Unione europea nei lavori internazionali già in corso.

Lo studio giunge alla conclusione che è impossibile individuare una tendenza legislativa generalizzata all'interno dell'Unione europea. Tuttavia, tutti gli Stati membri sembrano concordare sul fatto che lo statuto di stato civile e il rapporto di filiazione legale del minore debbano essere chiaramente definiti.

4.6 Consiglio d'Europa

Anche l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa si è chinata sul tema della maternità surrogata. La Commissione Affari sociali, Salute e Famiglia ha allestito un rapporto sugli ac-

⁹⁶ Hart Publishing 2013, ed. Katarina Trimmings e Paul Beaumont, <http://www.hartpub.co.uk/books/details.asp?isbn=9781849462808> (26 agosto 2013).

⁹⁷ <http://www.ciec1.org/Documentation/NotePMA.pdf> (26 agosto 2013).

⁹⁸ <http://www.ciec1.org/Documentation/EVS-Congres7-Gand-14-15mai2007-MeresPorteusesExposeCN-Francais.pdf> (26 agosto 2013).

⁹⁹ Obiettivo dello studio è analizzare gli aspetti giuridici della maternità surrogata tenendo conto delle varie soluzioni nazionali e valutare se sia opportuno che l'UE disciplini la materia in modo uniforme.

¹⁰⁰ Consultabile sul sito del Parlamento europeo (soltanto in inglese), <http://www.europarl.europa.eu/delegations/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=93673> (26 agosto 2013).

cordi di maternità surrogata in Europa e sugli aspetti medici, sociali, etici e giuridici su scala mondiale (situazione e prospettive)¹⁰¹. Nel comitato dei ministri verrà discusso un progetto di raccomandazione incentrato sui diritti e lo statuto giuridico dei minori e la responsabilità genitoriale, e vertente anche sulla maternità surrogata¹⁰².

5 Osservazioni conclusive

5.1 La situazione attuale

Le basi giuridiche attuali offrono uno strumento che, nel caso specifico, consente di trovare una soluzione adeguata per quanto attiene ai diritti del minore. Nonostante ciò il fenomeno della maternità surrogata è irritante ed esige un impegno elevato da parte delle autorità.

I genitori intenzionali che hanno già in custodia il bambino nato da madre surrogata o che ormai si trovano in Svizzera non devono temere che venga loro tolto il bambino a meno che quest'ultimo non sia in pericolo. Difficilmente si può porre rimedio alla situazione creata dai genitori intenzionali. I genitori intenzionali *decidono* consapevolmente di creare detta situazione e confidano nel fatto che il bambino possa vivere con loro anche se i diritti genitoriali di ambedue i genitori intenzionali non possono venir regolarizzati.

Poiché le autorità sono confrontate con questi casi soltanto dopo la nascita del bambino, non possono più tutelare gli interessi della madre surrogata. La sofferenza patita, l'emarginazione sociale, il dolore, lo stress, i rischi per la salute – nessun provvedimento adottato a posteriori in Svizzera è in grado di fornire riparazione.

La maternità surrogata non è soltanto un fenomeno difficile da definire sotto il profilo giuridico. Persone istruite e relativamente benestanti ricorrono consapevolmente ai servizi di una madre surrogata all'estero ben sapendo che, nonostante il versamento di un corrispettivo, non sia possibile parlare di libera scelta. Di fatto è la miseria in Paesi come l'India o l'Ucraina – ma anche fenomeni d'indigenza come ad esempio negli Stati Uniti – a determinare l'offerta di maternità surrogata. La disparità tra i contraenti è palese, e la madre surrogata è in balia del personale medico, delle agenzie di mediazione e in ultima analisi anche dei genitori intenzionali. In fondo tutti dovrebbero conoscere i rischi insiti in una gravidanza e sapere a quali problemi sociali deve far fronte una madre surrogata. Nonostante ciò sempre più persone ricorrono a questo tipo di prestazione.

Non è compito del Consiglio federale contrapporre le preoccupazioni e le paure delle coppie senza figli a quelle delle madri surrogate. La sterilità può costituire un pesante fardello, ma è un dato di fatto che le madri surrogate agiscono in genere per necessità economica.

Il Consiglio federale non ha modo di controllare se le madri surrogate all'estero beneficino di un'assistenza e di un accompagnamento medico, psicologico e sociale adeguato e ricevano un compenso equo. Di conseguenza la responsabilità spetta in tutto e per tutto ai genitori intenzionali. Tuttavia è dubbio che tutti i genitori intenzionali siano consapevoli di tale responsabilità e se ne assumano le conseguenze.

Lo stesso dicasi per il diritto del minore di conoscere la propria filiazione. Gli studi in materia di adozione hanno evidenziato l'importanza di conoscere le proprie origini. I genitori intenzionali agiscono in modo irresponsabile ed egoistico se impediscono al minore di conoscere le proprie origine biologiche o genetiche. Non tutti i minori vogliono sapere da dove vengono, ma ogni bambino dovrebbe avere la possibilità di conoscere le proprie origini. Finché non ci

¹⁰¹ CoE, Parliamentary Assembly, Social, Health and Family Affairs Committee, Surrogacy arrangements in Europe and worldwide Medical, social, ethical and legal aspects Situation and outlook, AS/Soc (2004) 18, 30 settembre 2004.

¹⁰² Draft recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities.

saranno strumenti che disciplinano la maternità surrogata sul piano internazionale e consentono di giungere a un equilibrio degli interessi, i genitori intenzionali sono invitati ad adottare le misure adeguate e a raccogliere le informazioni necessarie. Le esperienze maturate nell'ambito dell'adozione dimostrano che è pure nell'interesse dei genitori informare i figli della loro origine insolita. Altrimenti rischiano di essere un giorno respinti dal «loro» figlio e di assistere a uno sviluppo difficoltoso della personalità del «loro» figlio.

Sebbene in determinati casi esistano le basi legali per tutelare gli interessi del minore, nel complesso la situazione è insoddisfacente. Alla luce dei progressi sociali e tecnici, le autorità incaricate di applicare il diritto si vedono costrette a sussumere tali situazioni sotto leggi che inizialmente non erano previste allo scopo. Fondandosi sull'ordinamento giuridico vigente, l'autorità parentale può essere attribuita soltanto a persone che hanno un rapporto di filiazione con il minore. Il riconoscimento è riservato esclusivamente al padre genetico. La dottrina s'interroga se e come sia possibile configurare diversamente il diritto in questo punto¹⁰³. Tali riflessioni si prefiggono di rafforzare la genitorialità sociale senza compromettere il diritto di conoscere la propria filiazione. Sarà il futuro a mostrare quanto sia opportuno disgiungere la filiazione dall'autorità parentale.

Infine, occorre sottolineare l'importanza per il minore di conoscere la propria filiazione. Va comunque detto che la presunzione di paternità fondata sul matrimonio e il riconoscimento del bambino ammette implicitamente che numerosi padri giuridici non siano i padri genetici. Per le donne invece il principio *mater semper certa est* resta assoluto.

Tali contraddizioni, sono ancora attuali? Quale impostazione dare al diritto di famiglia? Deve prendere in considerazione la filiazione biologica oppure quella genetica? Deve pensare anzitutto al bene del minore? All'istituzione del matrimonio? Quale significato riveste la genitorialità sociale, va sancita dalla legge? Queste e altre domande sono strettamente legate alla medicina riproduttiva e dunque alla maternità surrogata. Riguardano il diritto di famiglia ed esulano dall'ambito del presente rapporto, motivo per cui andranno affrontate in altra sede¹⁰⁴.

5.2 Possibili campi d'intervento

Una discussione ad ampio raggio sul fenomeno della maternità surrogata, come chiesta dall'autrice del postulato, deve anche valutare se prevedere misure nei confronti dei genitori intenzionali residenti in Svizzera. A presente essi eludono la legislazione svizzera facendosi garantire contrattualmente una prestazione ottenibile soltanto sfruttando lo stato di indigenza di chi vive in Paesi lontani. In molti casi inoltre vanificano il diritto del bambino di conoscere le proprie origini.

Si potrebbe esaminare la possibilità di dissuadere i genitori intenzionali sanzionando anche la conclusione dell'accordo di maternità surrogata, la fecondazione, la gravidanza e il parto che non avvengano sul suolo svizzero. Sorge tuttavia la domanda se la punibilità dei genitori intenzionali non rivesta piuttosto carattere simbolico, considerate le probabili difficoltà di accertare i fatti che, nella maggior parte dei casi, si svolgono prevalentemente all'estero. Di sopraggiunta un perseguimento penale e un'eventuale condanna potrebbero anche compromettere il bene del minore.

¹⁰³ Cfr. in merito Martina Rusch, *Rechtliche Elternschaft, Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz*, Berna 2009 e Andrea Büchler, *Sag mir, wer die Eltern sind. Konzeptionen rechtlicher Elternschaft im Spannungsfeld genetischer Gewissheit und sozialer Geborgenheit*, in: *AJP/PJA*, 2004, pag. 1175.

¹⁰⁴ Postulato 12.3607 Fehr, *Un diritto civile e in particolare un diritto di famiglia coerente e moderno*, 15 giugno 2012.

Un'altra possibilità consiste nell'avviare una campagna di sensibilizzazione per informare la popolazione e appellare al senso di responsabilità dei genitori intenzionali.

A prescindere dall'istituzione del rapporto di filiazione, resta d'attualità sapere chi ha accesso a quali pratiche di procreazione assistita. Il Consiglio federale prende atto che nel frattempo la Commissione nazionale d'etica in materia di medicina umana ha avviato una discussione sul tema¹⁰⁵.

Come illustrato in precedenza, togliere il minore ai genitori intenzionali non è un'opzione praticabile né all'estero né nel nostro Paese. È utopica in particolare all'estero: per le autorità in loco i genitori intenzionali sono a tutti gli effetti i genitori legali del bambino. Se non si è in presenza di un rapimento di minore e non vi è pericolo per il bambino, le autorità estere non ravvisano motivi per intervenire.

¹⁰⁵ <http://www.bag.admin.ch/nek-cne/06128/index.html?lang=it> (26 agosto 2013).

Allegato

Perizia del 15 maggio 2013 dell'Ufficio federale di giustizia, Ambito direzionale Diritto pubblico, Settore Legislazione I