



Costituzionalità e conformità alla Convenzione sui diritti del fanciullo del riconoscimento di decisioni straniere che stabiliscono rapporti di filiazione riconducibili a una maternità surrogata

Quesiti:

- 1) L'obbligo di non riconoscere le decisioni straniere che stabiliscono rapporti di filiazione riconducibili a una maternità surrogata discende dall'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost. discende?
- 2) Il rifiuto di riconoscere una decisione straniera che stabilisce un rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata sarebbe compatibile con gli articoli 2, 3 paragrafi 1 e 2, e 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo?
- 3) Il riconoscimento di una decisione straniera che stabilisce un rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata potrebbe configurare una discriminazione inversa?

Sintesi delle risposte:

1. Il divieto della maternità surrogata sancito dall'articolo 119 capoverso 2 Cost. non si applica direttamente al riconoscimento di decisioni straniere in materia di filiazione. Può trovare indirettamente applicazione con un richiamo all'articolo 7 Cost., qualora il riconoscimento di una decisione straniera in materia di filiazione riconducibile a un contratto di maternità surrogata configuri una violazione dell'obbligo di tutela della dignità umana, con particolare riferimento al minore.

2. Il rifiuto di riconoscere decisioni straniere in materia di filiazione riconducibile a una maternità surrogata può essere conforme agli articoli 2, 3 e 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo. Tuttavia, è possibile prevedere diverse fattispecie in cui tale rifiuto costituirebbe una violazione di suddette disposizioni.

3. Il riconoscimento di decisioni straniere in materia di filiazione riconducibile a una maternità surrogata non configurerebbe una discriminazione inversa in violazione dei dettami della Costituzione.

Indice

1	Introduzione.....	3
2	Applicabilità dell'articolo 119 Cost. al riconoscimento delle decisioni straniere in materia di filiazione.....	3
2.1	Premessa.....	3
2.2	Concetto di maternità surrogata.....	4
2.3	Finalità del divieto della maternità surrogata.....	5
2.4	L'articolo 119 capoverso 2, 2 ^a frase, Cost.: conferimento di un mandato legislativo	6
2.5	Applicabilità diretta dell'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost.?.....	7
2.6	Applicabilità dell'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost. oltre l'ambito della medicina riproduttiva?	8
2.7	La maternità surrogata: una pratica lesiva della dignità umana?	9
2.8	Conclusione	11
3	Compatibilità del rifiuto del riconoscimento con gli articoli 2, 3 paragrafi 1 e 2, e 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo (CDF)...	12
3.1	Aspetti generali	12
3.2	Articolo 2 CDF: il diritto alla non discriminazione	12
3.3	Articolo 3 paragrafo 1 CDF: l'interesse del minore	14
3.4	Articolo 3 paragrafo 2 CDF: l'obbligo di protezione da parte dello Stato	16
3.5	Articolo 7 CDF: diritti specifici del minore	17
3.5.1	Diritto alla registrazione e ad un nome	17
3.5.2	Diritto all'acquisizione di una cittadinanza	18
3.5.3	Diritto di conoscere i propri genitori e di essere allevato da essi.....	19
4	Discriminazione inversa in caso di riconoscimento del rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata?	20

1 Introduzione

Il riconoscimento di decisioni amministrative o giudiziarie straniere in materia di filiazione è disciplinato dalla legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (LDIP, RS 291). In particolare, agli articoli 25 e seguenti nonché all'articolo 70, quest'ultima definisce le condizioni di riconoscimento in Svizzera delle decisioni straniere relative all'accertamento della filiazione, principalmente le condizioni in materia di competenza. L'articolo 27 capoverso 1 LDIP esclude il riconoscimento di una decisione straniera manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico svizzero.

Ai fini della presente analisi, partiremo dal presupposto che una decisione straniera che stabilisca un rapporto di filiazione con i genitori intenzionali riconducibile a una maternità surrogata soddisfi le condizioni di riconoscimento da un punto di vista formale. In questa sede non ci pronunceremo in maniera astratta sulla questione di merito di diritto internazionale privato relativa all'equiparabilità del divieto della maternità surrogata sancito dal diritto svizzero all'ordine pubblico svizzero ai sensi dell'articolo 27 capoverso 1 LDIP. Per quanto riguarda i quesiti che ci sono stati sottoposti, scopo della nostra verifica sarà determinare, da un canto, se il diritto costituzionale svizzero impone il divieto della maternità surrogata anche nell'ambito della procedura di riconoscimento di decisioni straniere relative alla filiazione, e dall'altro, se la Convenzione sui diritti del fanciullo vieta il rifiuto del riconoscimento di decisioni estere in materia di filiazione riconducibile a una maternità surrogata.

Va notato che la problematica del riconoscimento di una decisione straniera che stabilisce un rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata può porsi in contesti disparati. Può trattarsi di una decisione straniera riguardante genitori residenti in Svizzera che ricorrono alla maternità surrogata all'estero. Può anche trattarsi di una decisione straniera riguardante persone tutte abitualmente residenti in Svizzera o domiciliate all'estero all'epoca dei fatti, di cittadinanza svizzera o di un altro Paese. La decisione straniera in questione può essere stata pronunciata da un'autorità dello Stato in cui la maternità surrogata ha avuto luogo nel rispetto della legislazione nazionale (ad es. in Ucraina o in taluni stati degli Stati Uniti). La decisione straniera può inoltre essere stata pronunciata da un'autorità di uno Stato che non consente la maternità surrogata sul proprio territorio, ma riconosce il rapporto di filiazione stabilito dalla maternità surrogata in uno Stato terzo.

2 Applicabilità dell'articolo 119 Cost. al riconoscimento delle decisioni straniere in materia di filiazione

2.1 Premessa

L'articolo 119 Cost. discende dall'articolo 24^{novies} della Costituzione del 1874. Tale articolo costituiva un controprogetto alla cosiddetta iniziativa popolare del Beobachter «contro gli abusi della tecnologia riproduttiva e genetica sull'essere umano». Mentre il Consiglio federale aveva proposto come controprogetto una disposizione che fondamentalmente si limitava ad attribuire alla Confederazione competenze legislative, in particolare in materia di maternità surrogata¹, il parlamento ha optato per una regolamentazione che conferisce un mandato al legislatore federale, stabilendo al con-

¹ Messaggio del 18 settembre 1989, FF **1989** III 881, 904.

tempo principi chiari e precisi («durchformuliert»)². Tali principi dovevano non solo indicare le pratiche inammissibili secondo il sentire generale³, ma anche garantire alcuni valori fondamentali⁴. In particolare, esisteva un consenso unanime sulla necessità di vietare qualsiasi forma di maternità surrogata⁵. L'articolo 24^{novies} della Costituzione del 1874, approvato il 17 maggio 1992, in merito alla maternità surrogata disponeva quanto segue:

² La Confederazione emana prescrizioni sull'impiego del patrimonio germinale e genetico umano. Provvede in tal ambito a tutelare la dignità umana, la personalità e la famiglia e si ispira in particolare ai principi seguenti:

d. la donazione di embrioni e ogni altra forma di maternità surrogata sono inammissibili;

Nel quadro di una profonda revisione della Costituzione federale, l'articolo 119 Cost. ha ripreso quasi alla lettera il disposto dell'articolo 24^{novies} della Costituzione del 1874 in materia di medicina riproduttiva e ingegneria genetica in ambito umano. Il relativo disposto dell'articolo 119 Cost. recita:

Articolo 119 Medicina riproduttiva e ingegneria genetica in ambito umano

¹ L'essere umano va protetto dagli abusi della medicina riproduttiva e dell'ingegneria genetica.

² La Confederazione emana prescrizioni sull'impiego del patrimonio germinale e genetico umano. In tale ambito provvede a tutelare la dignità umana, la personalità e la famiglia e si attiene in particolare ai principi seguenti:

d. la donazione di embrioni e ogni altra forma di maternità surrogata sono inammissibili;

Tale disposto si concretizza nella legge federale del 18 dicembre 1998 sulla medicina della procreazione (RS 810.11; LPAM) che all'articolo 4 vieta la maternità surrogata nonché la donazione di oociti e di embrioni. L'articolo 31 LPAM prevede una sanzione penale a carico di chiunque applichi un metodo di procreazione a una madre sostitutiva o faccia da mediatore per maternità sostitutive. Ravvisa inoltre nell'uso di oociti donati, nello sviluppo di un embrione mediante oociti o spermatozoi donati o nel trasferimento a una donna di un embrione donato altrettante violazioni di legge (art. 37 lett. c LPAM).

2.2 Concetto di maternità surrogata

Ai sensi dell'articolo 2 lettera k LPAM per madre sostitutiva si intende, «nell'ambito di un metodo di procreazione, 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».

Il rapporto del 19 agosto 1988 della Commissione di esperti Amstad, incaricata di studiare le questioni relative alla medicina riproduttiva e all'ingegneria genetica in ambito umano, dava la seguente definizione di maternità surrogata:

² Piller, relatore (Boll. Uff. 1990 S 478).

³ Consigliere federale Koller (Boll. Uff. 1989 S 487).

⁴ Consigliere federale Koller (Boll. Uff. 991 N 598).

⁵ Consigliere federale Koller (Boll. Uff. 1991 N 598).

«La maternità surrogata consiste nell'incarico, dato da una coppia a una donna, di portare a termine una gravidanza, poiché ciò non è possibile per la partner della coppia stessa (ad esempio in caso di malformazione dell'utero che provoca un aumentato rischio di aborto). In generale, la madre sostitutiva viene inseminata artificialmente con lo sperma del futuro padre sociale. Si può anche praticare la FIV con gameti della coppia intenzionale e poi trasferire l'embrione ottenuto nell'utero della madre sostitutiva. Quest'ultima porta a termine la gravidanza, e dovrebbe poi dare il bambino alla coppia che le ha dato l'incarico.»⁶

Ai sensi della LPAM la maternità surrogata implica, da un lato, il ricorso a un metodo di procreazione con assistenza medica, ossia a un metodo mediante il quale una gravidanza non è conseguente a un rapporto sessuale, bensì segnatamente a inseminazione, fecondazione in vitro con trasferimento di embrioni, nonché trasferimento di gameti (art. 2 lett. a LPAM), e, dall'altro, la consegna a titolo definitivo del neonato a «terzi» dopo il parto.

A seconda del metodo di medicina riproduttiva prescelto, di solito si distinguono due forme di maternità surrogata. La prima è quella in cui la madre surrogata è anche la madre genetica, poiché uno dei suoi oociti è stato inseminato artificialmente con lo sperma di terzi, in genere il padre a cui il neonato sarà consegnato alla fine (di seguito il padre intenzionale). L'altra forma è quella in cui la madre che porta in grembo il bambino e lo dà alla luce è una figura distinta e separata dalla madre genetica. È il caso che si verifica quando un oocita prelevato da terzi viene fecondato in vitro prima di essere impiantato nell'utero della madre surrogata. In tale evenienza, la madre biologica da cui è stato prelevato l'oocita fecondato può essere la persona a cui il neonato sarà consegnato alla fine (di seguito la madre intenzionale) o una terza persona. I genitori intenzionali possono pertanto essere i genitori genetici (detti anche genitori biologici) o non avere alcun legame genetico con il neonato, con tutte le combinazioni intermedie possibili e immaginabili.

2.3 Finalità del divieto della maternità surrogata

Stando ai lavori preliminari e alla dottrina, il divieto della maternità surrogata persegue le seguenti finalità:

- tutela della dignità della madre surrogata:
 - o la maternità surrogata riduce la donna a un oggetto, strumentalizzandola e sfruttando finanziariamente la sua capacità di procreare⁷;
 - o la maternità surrogata espone la madre surrogata a un conflitto tra il vincolo psichico con il proprio figlio e la promessa fatta agli aspiranti genitori⁸;

⁶ FF 1989 III 937.

⁷ Messaggio relativo alla LMP, FF 1996 III 267; R.J. Schweizer, art. 24^{novies} n. 85 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

⁸ Messaggio relativo alla LMP, FF 1996 III 267; Rapporto della Commissione di esperti Amstad, FF 1989 III 1013.

- o è inammissibile il fatto che durante la gravidanza la madre sostitutiva possa essere costretta a modi di vita particolari dalle direttive dettate dalla coppia intenzionale⁹;
- tutela della dignità del nascituro: la maternità surrogata riduce il bambino a una merce che può essere comandata presso terzi¹⁰;
- tutela dell'interesse del bambino:
 - o evitare che dopo la nascita il bambino si trasformi nell'oggetto del contendere tra la madre surrogata e i genitori intenzionali circa il legame tra madre sostitutiva e figlio (circa l'attribuzione della genitorialità, il mantenimento del legame affettivo e così via), in particolare nel caso in cui i genitori intenzionali rinuncino ad accogliere il bambino¹¹;
 - o evitare l'insorgere di problemi di formazione dell'identità del bambino legati alla distinzione tra genitori biologici e genitori legali o sociali¹².

2.4 L'articolo 119 capoverso 2, 2^a frase, Cost.: conferimento di un mandato legislativo

La prima frase dell'articolo 119 capoverso 2 Cost. conferisce alla Confederazione la competenza e il mandato di legiferare in materia di medicina riproduttiva e ingegneria genetica. La seconda frase dell'articolo 119 capoverso 2 Cost. disciplina le modalità di utilizzo di tale competenza legislativa da parte della Confederazione (cfr. «in tale ambito», «ce faisant», «dabei»). Stabilisce pertanto direttive sostanziali¹³ di due ordini cui attenersi nella promulgazione di una normativa in materia di medicina riproduttiva o ingegneria genetica. Innanzitutto vengono sanciti gli obblighi di tutela¹⁴: la Confederazione deve provvedere a tutelare la dignità umana, la personalità e la famiglia. Vengono inoltre enunciati alcuni principi che assumono perlopiù la forma di divieti, ma anche di prescrizioni positive. Tali direttive sostanziali sono state recepite nell'ambito della LPAM.

Poiché l'articolo 119 capoverso 2 Cost. non riguarda esplicitamente anche la medicina riproduttiva praticata all'estero, occorre partire dal presupposto che la principale finalità del mandato legislativo da esso conferito sia disciplinare il ricorso a tali metodi sul territorio svizzero. Del resto, il rischio che il divieto di un determinato metodo della medicina della procreazione avrebbe potuto facilmente essere aggirato andando a farsi curare all'estero era stato riconosciuto durante i dibattiti parlamentari

⁹ Rapporto della Commissione di esperti Amstad, FF **1989** III 1013.

¹⁰ Messaggio relativo alla LMP, FF **1996** III 267.

¹¹ B. Rüttsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, 2009, pag. 526 segg.; R.J. Schweizer, art. 24^{novies} n. 85 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

¹² R.J. Schweizer, art. 24^{novies} n. 85 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874; O. Peisard, La dignité humaine dans le droit suisse et international relatif au génie génétique : essai d'interprétation, Friburgo 2008, pag. 125 (questo autore collega la tutela della formazione dell'identità del minore alla sua dignità umana).

¹³ J-F Aubert, art. 119 n. 11, in Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003.

¹⁴ R. Reusser/R.J. Schweizer, art. 119 n. 41 segg. in: St Galler BV-Kommentar.

sull'articolo 24^{novies} Cost. 1874¹⁵. Ciò non significa che il legislatore federale non abbia la competenza necessaria a regolamentare gli effetti transfrontalieri della medicina riproduttiva, ma l'articolo 119 capoverso 2 Cost. non lo obbliga a dirimere anche tale questione. Pertanto non è possibile affermare che dal mandato legislativo conferito dall'articolo 119 capoverso 2 Cost. discenda l'obbligo per il legislatore federale di proibire anche qualsiasi forma di maternità surrogata praticata al di fuori del territorio elvetico da parte di soggetti che hanno un rapporto con la Svizzera.

2.5 Applicabilità diretta dell'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost.?

Alcuni autori sostengono l'applicabilità diretta, almeno parziale, dei principi enunciati all'articolo 119 capoverso 2 Cost., ad esempio il divieto della maternità surrogata¹⁶. Prima dell'entrata in vigore, il 1° gennaio 2001, della LPAM che concretizza tali principi, per applicabilità diretta si intendeva l'enunciazione di principi sufficientemente precisi da poter essere attuati dall'autorità giudiziaria.

Per quanto riguarda l'articolo 119 capoverso 2 lettera g Cost. che sancisce il principio secondo cui «ognuno ha accesso ai suoi dati genetici», nel 1999 il Tribunale federale ne aveva dedotto – in relazione all'articolo 7 paragrafo 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo (CDF) che prevede il diritto del minore «a conoscere i suoi genitori»¹⁷ – che il figlio nato con il ricorso alle tecniche di medicina riproduttiva ha il diritto di conoscere i suoi ascendenti e quindi ad avere accesso ai relativi dati¹⁸. Il Tribunale federale non ha tuttavia specificato se questo diritto discende dall'articolo 7 paragrafo 1 CDF o se si fonda direttamente sull'articolo 119 capoverso 2 lettera g Cost.¹⁹ Poiché, come avremo modo di vedere, la giurisprudenza successiva ha fondato il diritto di conoscere la propria ascendenza sull'articolo 13 Cost., l'applicabilità diretta dell'articolo 119 capoverso 2 lettera g rimane sostanzialmente teorica.

Riguardo al divieto della maternità surrogata, la questione dell'applicabilità diretta si sarebbe potuta porre prima dell'entrata in vigore della LPAM, giacché alcuni Cantoni ne proibivano solo talune modalità attuative²⁰. Nel campo di applicazione della LPAM, il divieto della maternità sostitutiva ai sensi dell'articolo 4 LPAM rende obsoleta la questione dell'applicabilità diretta dell'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost.

La LPAM non indica espressamente il suo campo di applicazione territoriale. Secondo il principio secondo cui il diritto pubblico trova applicazione sul territorio dello Stato che l'ha emanato, la LPAM non disciplina pertanto il ricorso alla medicina riproduttiva all'estero, anche per i soggetti residenti in Svizzera o che hanno la cittadinanza svizzera. Come si evince dai lavori preliminari dell'articolo 24^{novies} Cost. e della LPAM, il Parlamento era consapevole del rischio che il divieto di un determinato metodo della

¹⁵ Boll. Uff. 1991 N 605. Messaggio relativo alla LMP, FF 1996 III 189, 224.

¹⁶ R. Reusser/R.J. Schweizer, art. 119, n. 18, in: St Galler BV-Kommentar, 2^a ed., 2008; R.J. Schweizer, art. 24^{novies} n. 42 in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874; G. Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, art. 119 n. 10.

¹⁷ Cfr. sull'argomento *infra* n. 3.5.3.

¹⁸ DTF 125 I 257 consid. 3.c.bb pag. 262 del 24 giugno 1999.

¹⁹ DTF 125 I 257 consid. 3.c.bb pag. 262. In proposito si rileva che nel regesto di questa decisione tra le basi legali determinanti non viene menzionato l'art. 119 cpv. 2 Cost.

²⁰ BS: divieto della maternità sostitutiva in cambio di remunerazione; BL: divieto della maternità sostitutiva organizzata. Su questo tema: M. Ben-Am, Gespaltene Mutterschaft, 1998, tesi, pag. 87 segg.

medicina della procreazione avrebbe potuto facilmente essere aggirato andando a farsi curare all'estero²¹. Se ne deduce quindi, che il costituente e il legislatore non prevedevano la diretta applicabilità a atti compiuti all'estero dei divieti di cui all'articolo 24^{novies} Cost. Tale ragionamento vale anche per l'articolo 119 capoverso 2 Cost.

2.6 Applicabilità dell'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost. oltre l'ambito della medicina riproduttiva?

La questione dell'applicabilità dell'articolo 119 capoverso 2 Cost., oltre nell'ambito della medicina riproduttiva e dell'ingegneria genetica, si è posta essenzialmente in relazione al principio dell'accesso ai dati dei propri genitori. Secondo il messaggio del 26 giugno 1996 relativo alla LMP, dalla Costituzione promana il diritto incondizionato del figlio adottivo al rilascio di un estratto del registro di stato civile riguardante i suoi genitori naturali (FF **1996** III 258 segg.). Tuttavia, su questo punto il messaggio non si riferiva esplicitamente all'articolo 119 capoverso 2 lettera g Cost. Il Tribunale federale, pur avendo confermato nel 2002 il diritto, previsto dalla Costituzione, del figlio adottivo di conoscere l'identità dei suoi genitori, non l'ha fatto discendere dall'articolo 119 capoverso 2 lettera g, ma l'ha trattato come un aspetto del diritto, previsto dalla Costituzione, alla tutela della personalità o alla libertà personale (art. 10 Cost.)²². Nel 2008 il Tribunale federale ha sancito il diritto del figlio di conoscere la propria ascendenza (anche per i figli nati durante il matrimonio) richiamandosi al diritto al rispetto della vita privata, quindi all'articolo 13 Cost.²³ Benché una parte della dottrina continui a ritenere che l'articolo 119 capoverso 2 lettera g Cost. conferisca un diritto fondamentale a sé stante²⁴, un'altra parte sostiene che il fondamento del diritto di conoscere la propria ascendenza non rientri nell'ambito dell'articolo 119 capoverso 2 Cost. e che la finalità dell'articolo 119 capoverso 2 lettera g Cost. consista pertanto nel procedere a una ponderazione degli interessi tra il diritto del figlio di avere accesso ai dati dei suoi genitori e il diritto all'anonimato di un terzo donatore di sperma²⁵, entrambi sanciti dalla Costituzione all'articolo 13 Cost.

Prima dell'entrata in vigore dell'articolo 24^{novies} Cost. 1874 il contratto con cui la madre surrogata si impegna a consegnare dopo la nascita il neonato alla controparte, ossia ai genitori intenzionali, era già considerato unanimemente dalla dottrina nullo ai

²¹ Boll. Uff. 1991 N 605. L'obiettivo di non indurre le coppie a sollecitare un trattamento di medicina della procreazione all'estero è stato uno dei motivi addotti contro un'iniziativa popolare volta a integrare nell'art. 24^{novies} Cost. 1874 un divieto di talune forme di procreazione con assistenza medica (FF **1996** III 216).

²² DTF **128** I 63, consid. 5, pag. 77. Attualmente la questione è disciplinata all'art. 268c CC.

²³ DTF **134** III 241, consid. 5.2.2, pag. 244.

²⁴ R. Reusser/R.J. Schweizer, St Galler BV-Kommentar zu Art. 119 n. 13 segg.

²⁵ G. Biaggini, BV-Kommentar, art. 119 n. 19; A. Ph. Leukart, Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung - Welche Fälle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht?, AJP 2009, pag. 584; cfr. anche J-F Aubert, art. 119 n. 26, in Aubert/Mahon, op. cit., benché, in una nota a piè di pagina, l'autore faccia discendere dalla Costituzione un diritto fondamentale del minore.

sensi del diritto svizzero²⁶. Lo stesso dicasi per i contratti di mandato o i contratti medici relativi alla realizzazione della maternità surrogata²⁷. Tali effetti giuridici non derivano pertanto dal divieto della maternità surrogata di cui all'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost., che tutt'al più trovano conferma nel divieto sancito dalla Costituzione. Inoltre, il divieto sancito dalla Costituzione, almeno secondo una parte della dottrina²⁸, non comporterebbe l'inammissibilità giuridica del conseguimento della finalità della maternità surrogata mediante un contratto che preveda la consegna del bambino ai genitori intenzionali come genitori affidatari nonché la successiva adozione da parte dei genitori intenzionali, se tali atti fossero nell'interesse del minore²⁹. Il divieto della maternità surrogata ai sensi dell'articolo 119 capoverso 2 lettera g Cost. non ha pertanto una portata generale che trascende l'ambito della medicina riproduttiva e non si applica quindi direttamente al riconoscimento di una decisione che stabilisca un rapporto di filiazione con i genitori intenzionali, poiché tali questioni rientrano nel diritto di famiglia.

2.7 La maternità surrogata: una pratica lesiva della dignità umana?

In un parere giuridico del 17 novembre 1995 avevamo ritenuto che le prescrizioni di cui all'articolo 24^{novies} capoverso 2 lettere a-g Cost. 1874 andassero intese come la concretizzazione del principio della dignità umana³⁰. In effetti, l'articolo 24^{novies} capoverso 2 Cost. 1874 e l'articolo 119 capoverso 2 Cost. sanciscono il principio secondo cui, nel disciplinare l'utilizzo del patrimonio germinale e genetico umano, il legislatore federale deve provvedere a tutelare la dignità umana, la personalità e la famiglia. Tale correlazione tra i divieti di cui all'articolo 119 capoverso 2 Cost. e la tutela della dignità umana è stato tuttavia ridimensionata in un parere giuridico del 22 giugno 2004 relativo al commercio di prodotti derivanti da embrioni. In effetti, non è stato appurato se la finalità del divieto di tale commercio previsto all'articolo 119 capoverso 2 lettera e Cost. consista nella tutela della dignità umana³¹.

Nella fattispecie, abbiamo rilevato che i lavori preliminari e la dottrina attribuiscono al divieto della maternità surrogata la finalità di tutelare la dignità della madre surrogata e del nascituro³². Se nel divieto della maternità surrogata si ravvisa una concretizzazione della tutela della dignità umana di così ampia portata, dall'articolo 7 Cost. – che impone il rispetto e la protezione della dignità umana – discende quindi che il divieto

²⁶ Rapporto della Commissione di esperti Amstad (FF 1989 III 1013); Th. Jäggi e P. Widmer, Der Leihmutterschaftsvertrag, in: Innominatverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zurigo, 1988, pag. 61, 73 segg. con altri riferimenti.

²⁷ Th. Jäggi e P. Widmer, Der Leihmutterschaftsvertrag, op. cit., pag. 75.

²⁸ Th. Jäggi e P. Widmer, Der Leihmutterschaftsvertrag, op. cit., pag. 76; M. Ben-Am, Gespaltene Mutterschaft, Basilea, 1998, pag. 177 segg. Contro: S. Othenin-Girard, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, tesi, 1999, n. 935, che lo fa discendere dal divieto della maternità sostitutiva ai sensi della LPAM.

²⁹ Cfr. anche la pratica svizzera menzionata da A. Büchler e N. Bertschi, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, in: FamPra.ch 2013 pag. 33, 47.

³⁰ GAAC 60.67 cap. 3.a. Nella stessa ottica: Schweizer, art. 24^{novies} n. 44 segg. in: Kommentar der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

³¹ GAAC 68.113 cap. 3.1.

³² Cfr. *supra* n. 2.3.

della maternità surrogata debba improntare l'intero ordinamento giuridico³³. Il rapporto tra divieto della maternità surrogata e tutela della dignità umana è però controverso. B. Rütsche ritiene paternalistica l'argomentazione secondo la quale la finalità consiste nel tutelare le donne dalla strumentalizzazione del proprio corpo. Almeno nei casi in cui la maternità surrogata non è frutto di una libera scelta della madre dettata da ragioni prevalentemente economiche, a suo giudizio non si può parlare di pratica lesiva della dignità umana in grado di giustificare una limitazione dell'autonomia della donna³⁴. Nello stesso filone, Büchler e N. Bertschi operano un distinguo. A loro parere, la dignità della madre surrogata verrebbe lesa nel caso in cui fosse costretta a consegnare il bambino ai genitori intenzionali nonostante il suo rifiuto di separarsi da lui. Pertanto, il ricorso a una madre surrogata in difficoltà economiche solleverebbe dubbi circa la libera scelta della donna e la legalità della procedura.³⁵

Poiché il costituente era consapevole che i divieti di cui all'articolo 24^{novies} Cost. 1874 e quindi oggi all'articolo 119 capoverso 2 Cost. non potessero impedire il «turismo» procreativo che consiste nel ricorso da parte di soggetti residenti in Svizzera a tali metodi vietati sul territorio elvetico in Paesi dove invece sono consentiti³⁶, questi divieti non sono intesi in senso assoluto, indipendentemente dal Paese in cui tali pratiche sono effettuate. A nostro parere, ciò esclude che i divieti di cui all'articolo 119 capoverso 2 Cost. siano automaticamente ritenuti espressione della tutela della dignità umana ai sensi dell'articolo 7 Cost. In materia di maternità surrogata, sarebbe arduo dedurre dall'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost. che la normativa di un altro Paese che autorizzi la gestazione per conto terzi sia necessariamente lesiva della dignità della madre surrogata, anche laddove la legislazione estera disciplini tale pratica di medicina riproduttiva in modo da tutelare altresì gli interessi della madre surrogata. Inoltre, la questione della dignità della madre surrogata essenzialmente si pone fino a quando il bambino non viene consegnato ai genitori intenzionali e non si costituisce un rapporto di filiazione con questi ultimi ai sensi della legislazione vigente in materia di maternità surrogata. Dopo questi passaggi cruciali, in linea di massima la madre surrogata non ha più un preciso status giuridico rispetto al minore, cosicché la tutela della sua dignità sarebbe priva di effetti giuridici nei suoi confronti. Per tale motivo è opinabile sostenere che l'articolo 7 Cost. tuteli la dignità della madre surrogata quando si tratta di decidere in merito al riconoscimento in Svizzera di un rapporto di filiazione stabilito dalla legislazione di un altro Paese con i genitori intenzionali e riconducibile a una maternità surrogata che ha avuto luogo all'estero. Non si può certamente escludere che l'obbligo di tutela della dignità umana sancito dall'articolo 7 Cost. possa, in determinati casi, vietare il riconoscimento di un rapporto di filiazione con i genitori intenzionali adducendo come motivazione che si tratta di una pratica lesiva della dignità della madre surrogata. Si potrebbe configurare tale fattispecie nel caso in cui il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali sia stato stabilito dalle autorità dello Stato nel quale la maternità surrogata ha avuto luogo, benché la madre surrogata si fosse rifiutata di consegnare il bambino che aveva portato in grembo e avesse rivendicato il rapporto di filiazione. Ciononostante, non è

³³ Cfr. art. 35 cpv. 1 Cost. Sulla portata dell'art. 7 Cost., cfr. in particolare P. Mastronardi, art. 7 n. 31 segg. in Sant Galler BV-Kommentar.

³⁴ B. Rütsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität - Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, 2009, pag. 527, nota 151.

³⁵ A. Büchler e N. Bertschi, op. cit. pag. 51 segg.

³⁶ Boll. Uff. 1991 N 605; FF 1996 III 216.

possibile dedurre dall'articolo 7 Cost. che la tutela della dignità della madre surrogata escluda in qualsiasi caso il riconoscimento in Svizzera di un rapporto di filiazione stabilito all'estero e riconducibile a una maternità surrogata.

Lo stesso ragionamento vale anche per la dignità del minore. Ridurre un bambino a merce di scambio significa negargli la condizione di essere umano³⁷, contravvenendo al principio di tutela della sua dignità di cui all'articolo 7 Cost. Stabilire un rapporto di filiazione sulla scorta di un contratto di maternità surrogata appare pertanto problematico. Il rispetto della dignità del minore implica tuttavia altresì che il suo interesse costituisca un elemento importante di cui tener conto nelle decisioni che lo riguardano direttamente³⁸. Ebbene, l'interesse del minore al riconoscimento di un rapporto di filiazione con i genitori intenzionali stabilito con la decisione di un giudice può, a seconda delle circostanze determinanti, prevalere sul suo diritto a non essere ridotto a merce di scambio. Alla luce della relazione instaurata con i titolari dell'autorità parentale, il pregiudizio eventualmente recato alla dignità del minore dal contratto di maternità surrogata si riduce con l'andar del tempo. Sarebbe pertanto discutibile dedurre dall'articolo 7 Cost. che un rapporto di filiazione stabilito secondo la normativa di un altro Paese che si concretizza per un certo lasso di tempo in una vera e propria vita familiare sia contrario all'ordine pubblico e non possa essere riconosciuto a causa di un pregiudizio inizialmente recato alla dignità del minore da un contratto di maternità surrogata. Del resto, dalla tutela della dignità di un bambino nato da una maternità surrogata non consegue che il rapporto di filiazione debba necessariamente essere stabilito con la madre surrogata in applicazione del principio sancito dall'articolo 252 del Codice civile (CC) secondo cui il rapporto di filiazione tra la madre ed il figlio sorge con la nascita. In effetti, l'interesse del minore a che non sia stabilito nel suo Stato di residenza un rapporto di filiazione con la madre surrogata non è trascurabile, qualora quest'ultima non abbia alcun legame di parentela con lui secondo le leggi vigenti nel suo Stato di residenza e non rivendichi tale rapporto.

Per tali motivi, non si può escludere che in alcuni casi la tutela della dignità della madre surrogata e del bambino da lei dato alla luce possano, in virtù dell'articolo 7 Cost., opporsi al riconoscimento di una decisione straniera che stabilisca un rapporto di filiazione con i genitori intenzionali sulla scorta di un contratto di maternità surrogata. Al contrario, laddove prevalga l'interesse del minore al riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori intenzionali, la tutela della dignità umana non impone il diniego di qualsiasi effetto giuridico della maternità sostitutiva. In linea di massima, l'articolo 27 capoverso 1 LDIP dovrebbe essere sufficiente a consentire una tale ponderazione degli interessi in casi particolari.

2.8 Conclusione

Il divieto della maternità surrogata sancito dall'articolo 119 capoverso 2 lettera d Cost. non si applica direttamente al riconoscimento delle decisioni straniere in materia di filiazione. Può trovare applicazione indiretta attraverso il richiamo all'articolo 7 Cost., qualora il riconoscimento delle decisioni straniere in materia di filiazione riconducibile a un contratto di maternità surrogata pregiudichi l'obbligo di tutela della dignità umana, in particolare quella del minore.

³⁷ B. Christensen, Schwangerschaft als Dienstleistung - Kind als Ware? Eine rechtliche Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterschaft, Hill 2013 n. 86, n. 58.

³⁸ B. Christensen, op. cit. n. 60.

3 Compatibilità del rifiuto del riconoscimento con gli articoli 2, 3 paragrafi 1 e 2, e 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo (CDF)

3.1 Aspetti generali

La CDF stabilisce uno standard minimo che gli Stati parti si impegnano a garantire, ma che possono oltrepassare. Il principio secondo cui una determinata disciplina deve essere regolata solo dalla legge più propizia (cfr. art. 41 CDF) implica anche che gli Stati non possono ridurre o rifiutare i diritti previsti dalla loro legislazione interna fondandosi sullo standard inferiore sancito dalla Convenzione sui diritti del lo³⁹.

Secondo la concezione monista adottata dalla Svizzera, l'ordinamento giuridico internazionale e quello nazionale formano un sistema unico e coerente. La norma internazionale è recepita nell'ordinamento interno, senza subire modifiche, attraverso un atto di approvazione del parlamento⁴⁰. Di conseguenza, in presenza di condizioni di applicabilità diretta, le persone fisiche possono invocare a tale titolo questa norma davanti agli organi giurisdizionali. Stando alla dottrina monistica, che riguarda quindi la questione della validità immediata di un trattato internazionale, le persone fisiche sono pertanto autorizzate a far valere dinanzi a un'autorità giudiziaria le disposizioni del diritto internazionale, sempre che siano direttamente applicabili (giustiziabili, "self-executing"). L'applicabilità diretta di una norma di diritto internazionale è suscettibile di interpretazione. Possono trovare applicazione diretta le norme sufficientemente chiare e concrete da costituire il fondamento di una decisione⁴¹, ossia sufficientemente chiare e concrete da consentire alle persone fisiche o giuridiche di dedurre direttamente diritti o doveri che possano essere fatti valere o rivendicati dinanzi a un'autorità amministrativa o giudiziaria⁴². Non sono invece direttamente applicabili le norme che non fanno altro che disciplinare una materia a grandi linee, che lasciano allo Stato contraente ampia discrezionalità nell'interpretazione e nell'applicazione o che si limitano a formulare direttive non «giustiziabili». Si tratta in particolare di norme di natura programmatica che mancano di precisione. Tali disposizioni sono rivolte soprattutto al legislatore che è chiamato a concretizzarle sul piano nazionale affinché fondino diritti e doveri per i privati⁴³.

3.2 Articolo 2 CDF: il diritto alla non discriminazione

All'articolo 2 CDF gli Stati parti si impegnano a rispettare i diritti enunciati nella Convenzione e a garantirli a ogni fanciullo che dipende dalla loro giurisdizione, senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo e dei suoi genito-

³⁹ Sharon Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague 1999, pag. 713.

⁴⁰ FF **2010** 2036.

⁴¹ DTF **126** I 240 consid. 2b; **125** III 277 consid. 2d/aa pag. 281; **121** V 246 consid. 2b p. 249; **120** Ia 1 consid. 5b.

⁴² FF **2010** 2038.

⁴³ DTF **120** Ia 1 consid. 5b pag. 1. FF **2010** 2036.

ri o rappresentanti legali, dalla loro origine, nazionale, etnica o sociale, dalla loro situazione finanziaria, dalla loro incapacità, dalla loro nascita o da ogni altra circostanza. Gli Stati parti adottano tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia effettivamente tutelato contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, opinioni professate o convinzioni dei suoi genitori, dei suoi rappresentanti legali o dei suoi familiari.

Secondo la dottrina, tale disposizione è direttamente applicabile⁴⁴. In pratica, in Svizzera essa coincide con la garanzia prevista dall'articolo 8 capoverso 2 Cost. che sancisce il divieto di discriminazione, in particolare a causa dell'origine, della razza, del sesso, dell'età, della lingua, della posizione sociale, del modo di vita, delle convinzioni religiose, filosofiche o politiche, e di menomazioni fisiche, mentali o psichiche. L'elenco dei criteri non è identico a quello dell'articolo 2 CDF, ma in linea di massima non sussistono differenze sostanziali, tanto più che in entrambi i casi esso è riportato a titolo esemplificativo. Si può dunque affermare che, ad eccezione di un campo di applicazione più ristretto poiché limitato ai minori, in Svizzera l'articolo 2 CDF non ha una portata specifica rispetto all'articolo 8 capoverso 2 Cost. Ciò sembra trovare conferma nel fatto che la giurisprudenza non ha dovuto pronunciarsi specificamente sulla portata dell'articolo 2 CDF.

Secondo la giurisprudenza, si configura una discriminazione ai sensi dell'articolo 8 capoverso 2 Cost., qualora a una persona sia riservato un trattamento diverso a causa della sua appartenenza a un determinato gruppo che, storicamente o nell'attuale contesto sociale, venga escluso o sminuito. Tuttavia, il principio di non discriminazione non vieta qualsiasi distinzione in base a uno dei criteri di cui all'articolo 8 capoverso 2 Cost. o all'articolo 2 CDF, bensì fonda il sospetto di una differenziazione inammissibile. Anche le disparità derivanti da una distinzione del genere necessitano di una particolare giustificazione⁴⁵.

Nella fattispecie, i figli nati da una maternità surrogata costituiscono una categoria sociale che rischia di essere esclusa o sminuita. A nostro giudizio, tale rischio deriva non tanto dal divieto della maternità surrogata sancito dalla legge svizzera, quanto soprattutto dal fatto che nell'immaginario collettivo questa pratica di medicina riproduttiva sia considerata lesiva della dignità della madre e del bambino. Di conseguenza, il ricorso alla motivazione della contrarietà all'ordine pubblico per giustificare il rifiuto di riconoscere una decisione straniera che attesta un rapporto di filiazione con i genitori intenzionali necessita di una particolare giustificazione.

La finalità di proteggere il minore dalla mercificazione è di per sé lodevole. Ciononostante l'articolo 4 LPAM vieta anche la donazione di oociti e di embrioni, quindi la loro commercializzazione. Ebbene, è inverosimile che il rapporto di filiazione con un bambino nato in Svizzera o in un altro Paese possa essere contestato adducendo a motivo il ricorso alla donazione, in particolare all'acquisto, all'estero di oociti o di embrioni. Anche nel caso in cui l'autorità fosse a conoscenza di una tale circostanza, la fondatezza del richiamo all'incompatibilità con l'ordine pubblico per motivare il rifiuto di riconoscere tale rapporto di filiazione sarebbe perlomeno discutibile, giacché in tal modo si priverebbe il bambino di una qualsiasi madre o addirittura di un qualsiasi genitore. Non vi è dubbio che il contratto di maternità surrogata produca i suoi effetti perlopiù dopo la nascita del bambino, mentre il contratto di vendita di oociti o di em-

⁴⁴ B. Adamson, Article 2 — The Right of Non-Discrimination, in: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2007, n. 91.

⁴⁵ DTF **137** V 334 consid. 6.2.1 pag. 348; **135** I 49 consid. 4.1 pag. 53.

brioni esaurisce i suoi effetti con l'impianto dell'oocita o dell'embrione nell'utero della futura madre. Ciononostante, la distinzione tra commercializzazione prima e dopo la nascita non costituisce motivo sufficiente per giustificare la disparità di trattamento se, come spesso accade, il contratto di maternità surrogata ha cominciato a produrre i suoi effetti, proprio come il contratto di acquisto di oociti o di embrioni, al momento del ricorso alla medicina riproduttiva da parte della donna che dà alla luce il bambino. Inoltre, qualora in seguito al rifiuto di riconoscere il rapporto di filiazione il bambino si ritrovi senza genitori capaci di prendersene cura – giacché, ai sensi delle leggi vigenti nel suo Paese, non si costituisce un rapporto di filiazione con la madre surrogata e quest'ultima non lo rivendica o addirittura lo rifiuta, secondo quanto previsto dal contratto sottoscritto con i genitori intenzionali – ci si può allora chiedere se l'obiettivo di proteggere il bambino dalla mercificazione non sia in contrasto con il fine ultimo della CDF, ossia la tutela dell'interesse superiore del bambino⁴⁶. Laddove, nell'interesse superiore del bambino, fosse necessario mantenere i rapporti con i genitori intenzionali, la finalità di proteggere il bambino dalla commercializzazione non costituirebbe una motivazione valida per giustificare il rifiuto di riconoscere il rapporto di filiazione con questi ultimi.

Per quanto riguarda l'obiettivo di tutelare la dignità della madre, dopo la nascita non costituisce più motivo sufficiente per privare di fatto di un qualsiasi genitore il bambino nato da una maternità surrogata. Diverso è il caso in cui la madre surrogata rivendichi il bambino, benché secondo la legislazione del suo Paese tra i due non sussista alcun rapporto di filiazione, poiché si può desumere che il rifiuto della Svizzera di riconoscere il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali le consentirà di ottenere il riconoscimento del suo rapporto di filiazione nel proprio Paese.

Resta ancora la motivazione che richiama la volontà del costituente e del legislatore di vietare la maternità surrogata. Tuttavia, tale motivazione pone il problema della disparità di trattamento rispetto al commercio di oociti e di embrioni, anch'esso proibito in Svizzera. Poiché dal diritto non promana il valore superiore del divieto della maternità surrogata rispetto al divieto della donazione o del commercio di oociti e di embrioni, ciò non costituisce un valido motivo per limitare il richiamo alla contrarietà all'ordine pubblico solo ai casi di riconoscimento di un rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata.

Alla luce di tali considerazioni, il richiamo sistematico all'incompatibilità con l'ordine pubblico per giustificare il rifiuto di riconoscere il rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata con i genitori intenzionali potrebbe configurare una discriminazione nei confronti di questa categoria sociale, in violazione pertanto dell'articolo 2 CDF.

3.3 Articolo 3 paragrafo 1 CDF: l'interesse del minore

Il principio generale della CDF è l'interesse del minore sancito dall'articolo 3 paragrafo 1:

«In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza 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 preminente.»

⁴⁶ Cfr. art. 3 par. 1 CDE e *infra* n. 3.3.

La Convenzione non definisce però in che modo debba essere inteso concretamente il termine «interesse superiore del fanciullo» utilizzato nell'originale francese. Il testo originale inglese parla di «best interests», quello francese di «intérêt supérieur». Un'interpretazione di questa clausola generale che lasciasse alle autorità statali la libertà assoluta di limitare i diritti del minore o la posizione dei genitori e servisse soltanto a una definizione statale dell'interesse del fanciullo non corrisponderebbe affatto agli obiettivi della Convenzione⁴⁷. L'articolo 3 paragrafo 1 CDF consente solo di prendere in esame l'interesse del fanciullo come considerazione preminente. L'interesse del fanciullo non è però l'unica considerazione da tener presente, né tantomeno una considerazione determinante⁴⁸ o assolutamente prioritaria⁴⁹. L'articolo 3 paragrafo 1 CDF consente anche di tenere conto degli altri interessi del titolare dell'autorità parentale o dello Stato⁵⁰.

Secondo la giurisprudenza, l'articolo 3 paragrafo 1 CDF costituisce una norma di carattere programmatico, una linea guida, un principio interpretativo da rispettare nella promulgazione e nell'interpretazione della legge⁵¹. La giurisprudenza ne tiene conto, ma non conferisce il diritto a una prestazione statale⁵².

Giacché l'articolo 3 paragrafo 1 CDF non assegna automaticamente la priorità all'interesse del minore, lo Stato può procedere a una ponderazione astratta e considerare preponderanti, ai fini dell'interesse individuale del minore, fattori oggettivi che determinano il rifiuto di riconoscere un rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata. Nell'ordinamento francese la Corte di cassazione ha pertanto escluso, in virtù del principio dell'indisponibilità dello stato civile, che un accordo di gestazione per conto terzi, nullo e in contrasto con l'ordine pubblico secondo la legge francese, possa produrre effetti giuridici per quanto attiene al rapporto di filiazione⁵³. Analogamente, l'autorità giudiziaria tedesca ha sancito l'inderogabilità del principio giuridico secondo il quale «mater semper certa est» (§1591 BGB – Codice civile tedesco) che quindi non ammette eccezioni in caso di maternità surrogata, escludendo il riconoscimento della decisione straniera che stabilisce il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali⁵⁴. Per tener conto dell'interesse del minore, in questi casi il tribunale ha rimandato a un'altra procedura, ossia alla procedura di adozione.

Può invece sorgere il dubbio che la preminenza di tali principi giuridici non sia compatibile con l'articolo 3 paragrafo 1 CDF, nel caso in cui l'atto oggetto della procedura di riconoscimento sia esso stesso una decisione assunta da uno Stato terzo in materia di riconoscimento o di adozione. Qualora il rapporto di filiazione sia stabilito con i

⁴⁷ Messaggio, FF **1994** V 15.

⁴⁸ Sull'origine dell'espressione "considerazione preminente" cfr. Nigel Cantwell, La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant, in: Bulletin suisse des droits de l'enfant, vol. 18 n. 3, settembre 2012.

⁴⁹ M. Freeman, art. 3 - The Best Interests of the Child, in A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2007, pag. 61.

⁵⁰ DTF **136** I 297 consid. 2 pag. 308; Stefan Wolf, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, ZBJV 1998, 119.

⁵¹ DTF **136** I 297 consid. 8.2; FF **1994** V 1, 26; Stephan Wolf, op.cit., pagg. 113, 118.

⁵² DTF **136** I 297 consid. 8.2 pag. 308; **135** I 153 consid. 2.2.2 pag. 157; decisione del Tribunale amministrativo federale del 23.05.2012, C-1394/2009, consid. 10.4.

⁵³ Sentenza n.369 del 6 aprile 2011, causa n. 09-66.486.

⁵⁴ Ad es. Oberlandesgericht di Stoccarda, sentenza del 7 febbraio 2012 (8 W 46/12). La Corte costituzionale tedesca ha rigettato il ricorso contro tale sentenza.

genitori intenzionali nello Stato di cui essi hanno la cittadinanza o in cui risiedono, anche in caso di divieto della maternità surrogata sul suo territorio⁵⁵, un altro Stato che rimetta ulteriormente in discussione tale rapporto di filiazione per le circostanze in cui è stato inizialmente stabilito, non tiene affatto in considerazione l'interesse del minore.

Nel caso in cui la madre intenzionale sia anche la madre genetica del minore, la Corte costituzionale austriaca ha ritenuto manifestamente contrario all'interesse del minore «costringere» la donna che li aveva portati in grembo a ricoprire il ruolo di madre poiché non lo è dal punto di vista né «biologico» né giuridico secondo lo statuto personale dei bambini, non lo rivendica e non ha costituito un nucleo familiare con i minori. In effetti, in tal modo i bambini sarebbero privati del diritto all'esercizio dell'autorità parentale, all'accudimento e al mantenimento da parte dei genitori⁵⁶. A nostro giudizio tale ragionamento è valido anche per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 3 paragrafo 1 CDF.

Analogamente, nel caso in cui i genitori intenzionali e il bambino conducano una vera e propria vita familiare per un certo lasso di tempo, l'interesse superiore del minore alla prosecuzione di quest'ultima, e quindi al riconoscimento del rapporto di filiazione, in genere finirà per prevalere sulle considerazioni oggettive relative alle modalità di procreazione del bambino.

In conclusione, l'articolo 3 paragrafo 1 CDF non esclude che altri interessi statali possano avere il sopravvento sull'eventuale interesse del bambino al riconoscimento di un rapporto di filiazione con i genitori intenzionali. Sarebbe invece in contrasto con l'articolo 3 paragrafo 1 CDF il richiamo sistematico all'incompatibilità con l'ordine pubblico per giustificare il rifiuto di riconoscere un rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata con i genitori intenzionali senza tener conto dell'importanza relativa che tale riconoscimento riveste nell'interesse del bambino.

3.4 Articolo 3 paragrafo 2 CDF: l'obbligo di protezione da parte dello Stato

All'articolo 3 paragrafo 2 CDF gli Stati si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati.

Il paragrafo 2, formulato come un obbligo degli Stati parti, ha una funzione ausiliaria, in quanto intende colmare le eventuali lacune della CDF. Essi si impegnano infatti a adottare «tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati» volti a garantire al minore protezione e cure in tutti i casi in cui la CDF non prescrive in maniera precisa gli atti o le omissioni necessari al suo benessere.⁵⁷ Non ha quindi una portata limitata agli ambiti espressamente contemplati dalla CDF, ma non è direttamente applicabile.

⁵⁵ È il caso, ad es., dell'Austria (cfr. Verfassungsgerichtshof, sentenza del 14 dicembre 2011, causa n. B13/11), e della Spagna (Boletín Oficial del Estado, 7 ottobre 2010 sez. I pag. 84803).

⁵⁶ Verfassungsgerichtshof, sentenza del 14 dicembre 2011, causa n. B13/11, cap. 4.2.

⁵⁷ S. Detrick, op. cit., pag. 94; M. Freeman, op. cit. pag. 66.

A nostro giudizio, in linea di massima l'articolo 3 paragrafo 2 CDF non ha una portata specifica in materia di riconoscimento delle decisioni straniere relative alla filiazione. In effetti, gli Stati sono liberi di scegliere i mezzi che consentano loro di assicurare al minore la protezione e le cure necessarie al suo benessere. Qualora un bambino nato da una maternità surrogata si trovi sul territorio elvetico, l'articolo 3 paragrafo 2 CDF obbliga la Svizzera a prendere i provvedimenti appropriati alla protezione e alle cure necessarie al suo benessere⁵⁸, anche nel caso in cui rifiuti di riconoscere il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali. Qualora invece il bambino nato da una maternità surrogata si trovi ancora nel Paese in cui è venuto alla luce senza averne la cittadinanza, poiché quest'ultimo riconosce il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali, la Svizzera non può, deliberando in merito al riconoscimento di tale rapporto di filiazione, prescindere dalle conseguenze della sua decisione sul benessere del minore⁵⁹.

3.5 Articolo 7 CDF: diritti specifici del minore

Ai sensi dell'articolo 7 paragrafo 1 CDF il minore è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto ad un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e ad essere allevato da essi. Secondo il paragrafo 2 di tale disposizione, gli Stati parti vigilano perché questi diritti siano garantiti in conformità con la loro legislazione nazionale e con gli obblighi imposti loro dagli strumenti internazionali applicabili in materia, in particolare nei casi in cui, se ciò non fosse fatto, il minore verrebbe a trovarsi apolide.

L'articolo 7 paragrafo 1 CDF conferisce espressamente agli Stati parti diritti e non solo doveri. L'applicabilità diretta di tali diritti è tuttavia limitata dal fatto che la maggior parte di essi dipendono notevolmente dal quadro legislativo. Il diritto ad un nome o alla cittadinanza dipende, ad esempio, dalla normativa che disciplina le modalità di acquisizione del nome o della cittadinanza. Il quadro giuridico non rappresenta quindi una restrizione rispetto a un diritto direttamente applicabile, ma definisce gli aspetti essenziali della portata del diritto garantito dall'articolo 7 paragrafo 1 CDF. Nella fattispecie, per quanto riguarda la compatibilità con l'articolo 7 paragrafo 1 CDF del rifiuto di riconoscere il rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata, i diritti garantiti da tale disposizione fungono essenzialmente da principio interpretativo: richiamare la contrarietà all'ordine pubblico non deve significare privare il minore dei diritti conferitigli dall'articolo 7 paragrafo 1 CDF.

3.5.1 Diritto alla registrazione e ad un nome

Poiché lo Stato in cui si è svolta la maternità surrogata ha provveduto a registrare la nascita e a dare un nome al minore in virtù del rapporto di filiazione con i genitori in-

⁵⁸ Cfr. art. 307 segg. CC.

⁵⁹ Tuttavia, lo Stato può anche rispettare l'art. 3 par. 2 CDF autorizzando il minore a rendersi sul suo territorio in vista di una procedura di adozione. È questa la soluzione che alla fine è stata trovata in Germania per i gemelli nati in India da una madre surrogata coniugata di nazionalità indiana e concepiti con lo sperma del padre committente tedesco e l'oocita di una donatrice indiana (http://www.t-online.de/eltern/schwangerschaft/id_41794012/indische-leihmutter-zwillinge-duerfen-nach-deutschland-.html)

tenzionali, il diritto del minore alla registrazione e ad un nome è stato garantito. La questione della tutela del diritto ad un nome potrebbe però porsi se la Svizzera rifiutasse di riconoscere tale rapporto di filiazione relativo a un bambino nato da una maternità surrogata e arrivato sul territorio elvetico, adducendo a motivo che l'attribuzione del nome dei genitori intenzionali secondo le leggi vigenti in materia nello Stato in cui è stato dato alla luce il bambino è incompatibile con l'ordine pubblico svizzero⁶⁰. Giacché il nome costituisce un elemento importante della personalità, il diritto ad un nome implica anche il diritto all'unicità del nome⁶¹. In particolare, occorrerebbe evitare che il minore debba portare in Svizzera un nome diverso da quello che figura sui suoi documenti d'identità⁶². L'articolo 7 paragrafo 1 CDF può pertanto costituire un ostacolo al rifiuto di riconoscere il nome attribuito al minore nato da una maternità sostituiva dallo Stato in cui è stato dato alla luce.

3.5.2 Diritto all'acquisizione di una cittadinanza

Qualora il minore abbia acquisito una cittadinanza in virtù del suo luogo di nascita, le prescrizioni dell'articolo 7 paragrafo 1 CDF sono rispettate, anche se lo Stato di cui i genitori hanno la cittadinanza rifiuta di riconoscere il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali e quindi l'acquisizione per filiazione della cittadinanza di questi ultimi. Diverso è il caso in cui lo Stato nel quale ha avuto luogo la maternità surrogata ritenga che il minore non acquisisca la sua cittadinanza in virtù del rapporto di filiazione con i genitori intenzionali che hanno un'altra cittadinanza. Se lo Stato di cui i genitori intenzionali hanno la cittadinanza rifiuta, da parte sua, di riconoscere il rapporto di filiazione con loro e quindi l'acquisizione, da parte del minore, della sua cittadinanza, quest'ultimo si ritrova apolide. L'articolo 7 paragrafo 1 CDF impone pertanto sia allo Stato di cui i genitori intenzionali hanno la cittadinanza, sia a quello dove ha avuto luogo la maternità surrogata, sempre che entrambi abbiano sottoscritto la CDF, l'obbligo di dirimere tale conflitto in modo da tutelare l'interesse superiore del minore⁶³. Ai sensi dell'articolo 7 paragrafo 2 CDF gli Stati sono tenuti a prendere i provve-

⁶⁰ Art. 27 cpv. 1 e 37 LDIP.

⁶¹ I. Zimele, art. 7 - The Right to Birth Registration, Name and Nationality and the Right to Know and Be Cared for by Parents, in: A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2007, n. 21 (che tuttavia lascia una certa discrezionalità degli Stati in materia di trascrizione del nome in un'altra lingua).

⁶² Sarebbe questo il caso di un bambino nato da una maternità surrogata che avesse acquisito alla nascita la cittadinanza del Paese in cui è stato dato alla luce grazie allo jus soli (ad es. negli Stati Uniti) e il cognome dei genitori intenzionali.

⁶³ Cfr. art. 3 par. 1 CDF. I. Zimele, op. cit., n. 50. Dalla pubblicazione della circolare del 25 gennaio 2013, in Francia si distingue pertanto tra filiazione civile (non riconosciuta in caso di maternità surrogata) e filiazione secondo il diritto della nazionalità: il certificato di nazionalità francese che consente di ottenere un documento di identità viene rilasciato al minore a condizione che un rapporto di filiazione con un francese risulti da un atto di stato civile probante ai sensi dell'articolo 47 del Codice civile, secondo cui «fa fede qualsiasi atto di stato civile dei francesi e degli stranieri rilasciato in un Paese straniero e redatto secondo le formule usuali, a meno che altri atti o documenti di cui si sia in possesso, dati esterni o elementi desunti dall'atto stesso stabiliscano eventualmente, una volta eseguiti tutti gli accertamenti del caso, che tale atto sia irregolare, sia stato falsificato o che i dati riportati non siano veritieri». Tale circolare esclude la possibilità di richiamare l'incompatibilità con l'ordine pubblico della maternità surrogata per quanto riguarda il diritto della nazionalità. Tuttavia, la legalità di tale circolare è

dimenti necessari a garantire il rispetto del diritto del minore all'acquisizione di una cittadinanza, «in particolare nei casi in cui, se ciò non fosse fatto, il fanciullo verrebbe a trovarsi apolide.» Tuttavia, da tale disposizione non promana un diritto specifico all'acquisizione della cittadinanza dei genitori intenzionali.

Qualora il padre intenzionale di nazionalità svizzera sia il padre biologico del bambino e l'abbia riconosciuto secondo quanto previsto all'articolo 73 LDIP, ci si può chiedere se il rifiuto di accettare tale riconoscimento a causa del ricorso alla maternità surrogata – con il suo corollario di mancata attribuzione della cittadinanza svizzera – costituisca un valido motivo di restrizione del diritto alla cittadinanza conferito dall'articolo 7 paragrafo 1 CDF. Per soddisfare questa condizione occorrerebbe che tale rifiuto non fosse discriminatorio rispetto a altri casi di riconoscimento. Ebbene, le modalità di concepimento di un bambino in genere non sono un valido motivo per richiamare l'incompatibilità con l'ordine pubblico svizzero a proposito di un atto di riconoscimento del rapporto di filiazione, anche se il diritto nazionale elvetico esclude il riconoscimento del rapporto di filiazione in casi di questo genere⁶⁴.

Si rileva che l'articolo 7 paragrafo 2 CDF prevede altri strumenti internazionali applicabili. Ai sensi dell'articolo 1 paragrafo 1 della Convenzione del 13 settembre 1973 intesa a ridurre il numero di casi di apolidia (RS 0.141.0), il figlio la cui madre ha la cittadinanza di uno Stato contraente acquista alla nascita la cittadinanza di quest'ultimo Stato qualora fosse stato apolide. Il richiamo a tale Convenzione non consente tuttavia di risolvere la questione, poiché di per sé non stabilisce chi sia la madre in caso di maternità sostitutiva. Rifiutando di riconoscere il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali elvetici, la Svizzera ravviserebbe in via ipotetica nella madre surrogata la «madre» ai sensi di tale Convenzione.

3.5.3 Diritto di conoscere i propri genitori e di essere allevato da essi

Sono espressamente previste alcune eccezioni al diritto di conoscere i propri genitori e di essere allevato da essi, giacché l'articolo 7 paragrafo 1 CDF precisa che tale diritto deve essere riconosciuto «nella misura del possibile».

Secondo il Comitato dei Diritti del Fanciullo istituito dall'articolo 43 CDF, l'articolo 7 paragrafo 1 CDF conferisce ai figli adottivi il diritto di conoscere i propri genitori biologici⁶⁵. In una decisione il Tribunale federale sembra aver ritenuto direttamente applicabile questa regola; successivamente ha ricollegato tale diritto a quello del rispetto della vita privata, ossia all'articolo 13 Cost.⁶⁶ Lo stesso criterio dovrebbe valere per la maternità surrogata. In tal modo il minore ha il diritto di conoscere tutti i suoi «genitori»: i genitori biologici (il donatore di sperma ed eventualmente la donatrice degli oociti), la madre che lo ha dato alla luce e le persone con le quali la legge stabilisce un rapporto di filiazione. Il rifiuto della Svizzera di riconoscere il rapporto di filiazione

controversa. (cfr. N. Mathey, *Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions*, in *La semaine juridique*, Edition générale n. 7, 11 febbraio 2013, pag. 162).

⁶⁴ Pertanto i tribunali svizzeri avevano ritenuto che l'art. 304 aCC che vietava il riconoscimento di figli illegittimi non fosse più incompatibile con l'ordine pubblico già prima dell'abolizione di tale divieto nella legislazione nazionale (S. Othernin-Girard, op. cit., pag. 525 con riferimenti).

⁶⁵ I. Ziemele, op. cit. n. 52.

⁶⁶ DTF **125** I 257 consid. 3.c.bb, pag. 262; **134** III 241, consid. 5.2.2 pag. 244. Cfr. anche *supra* n. 2.5 e 2.6.

con i genitori intenzionali non costituirebbe quindi un valido motivo in grado di giustificare la decisione di impedire al minore di conoscerli, siano essi genitori biologici o legali secondo le leggi vigenti in materia nel Paese in cui è stato dato alla luce. Tuttavia, dal diritto di conoscere i propri genitori (intenzionali) non discende il diritto al riconoscimento del rapporto di filiazione con questi ultimi.

La tutela del diritto del minore a essere allevato dai suoi genitori diventa problematica qualora la Svizzera rifiuti di riconoscere il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali poiché considera la madre surrogata (e il suo eventuale marito) genitori del bambino ai sensi del diritto elvetico. Tuttavia, in presenza di più figure genitoriali, come nel caso della maternità surrogata, la CDF non stabilisce da quali genitori il minore abbia diritto a essere allevato. Nondimeno, secondo quanto previsto all'articolo 3 paragrafo 1 CDF, nell'interpretazione dell'articolo 7 paragrafo 1 CDF occorre tener conto dell'interesse superiore del minore. Se il bambino è arrivato sul territorio svizzero, il ricorso alla maternità surrogata da parte dei genitori intenzionali non costituisce di per sé un valido motivo per escludere la possibilità che sia allevato da questi ultimi. Se il minore è rimasto nel Paese in cui è stato dato alla luce, spetta in via prioritaria a questo Stato il compito di sincerarsi che sia garantito il diritto del minore a essere allevato dai suoi genitori. Qualora i genitori intenzionali siano anche i genitori biologici, fanno parte dei genitori da cui il minore ha diritto a essere allevato, nella misura del possibile, ai sensi dell'articolo 7 paragrafo 1 CDF. Tale diritto può pertanto costituire un ostacolo al riconoscimento dell'atto che stabilisce un rapporto di filiazione con i genitori intenzionali.

4 Discriminazione inversa in caso di riconoscimento del rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata?

Il concetto di «discriminazione inversa» riguarda i casi in cui ai cittadini sia riservato, nel loro Stato di appartenenza, un trattamento meno favorevole che agli stranieri⁶⁷. In mancanza di un valido motivo, tale discriminazione inversa è vietata dall'articolo 8 Cost.

Il fatto che alcuni metodi di medicina riproduttiva, come ad esempio la maternità surrogata, siano vietati in Svizzera e consentiti all'estero non configura una discriminazione inversa. Tale divieto si applica a prescindere dalla cittadinanza delle persone che vi fanno ricorso.

Neanche la possibilità per i residenti in Svizzera di ricorrere all'estero a metodi di medicina riproduttiva vietati sul territorio nazionale senza che le autorità elvetiche privino di efficacia giuridica in materia di filiazione le conseguenze pratiche di tale «turismo» procreativo configura una discriminazione inversa. In effetti, anche la limitazione del campo di applicazione territoriale della normativa svizzera in materia di medicina riproduttiva vale a prescindere dalla cittadinanza dei genitori.

In linea di massima, la questione della discriminazione inversa può porsi invece qualora la Svizzera riconosca un rapporto di filiazione riconducibile a una maternità surrogata stabilito o riconosciuto dallo Stato di cui i genitori intenzionali hanno la cittadinanza o dallo Stato in cui il bambino è stato dato alla luce. Benché la disparità di trattamento non riguardi esclusivamente i cittadini svizzeri, ma anche tutti i residenti sul

⁶⁷ V. Boillet, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 2010, pag. 128.

territorio elvetico che hanno la cittadinanza di un altro Paese il quale non riconosce il rapporto di filiazione con i genitori intenzionali, ai cittadini svizzeri è riservato un trattamento meno favorevole che a quelli di determinati Paesi. A nostro giudizio, sussistono però motivazioni fondate che giustificano una tale disparità di trattamento. Se i genitori intenzionali avevano la residenza abituale all'estero quando è stato stabilito il rapporto di filiazione e solo successivamente si sono trasferiti in Svizzera, si trovano in una situazione palesemente diversa da quella dei cittadini svizzeri residenti abitualmente sul territorio elvetico, il che costituisce un valido motivo per giustificare la disparità di trattamento sul piano giuridico. Se i genitori intenzionali avessero avuto la residenza abituale in Svizzera sia al momento della nascita del bambino che al momento della pronuncia della decisione straniera che stabilisce il rapporto di filiazione riconducibile alla maternità surrogata, allora anche l'obiettivo di evitare divergenze tra il rapporto di filiazione stabilito secondo la legislazione nazionale dello Stato di cui i genitori hanno la cittadinanza e quello valido in Svizzera costituisce un valido motivo per giustificare tale disparità di trattamento.

In conclusione, il riconoscimento del rapporto di filiazione tra un bambino nato all'estero con il ricorso a una maternità surrogata e i genitori intenzionali non configura una discriminazione inversa in violazione dei dettami della Costituzione.

15 maggio 2013

Ufficio federale di giustizia UFG

Settore Legislazione I