



CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 15 maggio 2019, n. 13000 (sent.)

La L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 8, recante lo *status* giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem* avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre.

... *Omissis* ...

FATTI DI CAUSA

1. Con decreto del 19 luglio 2017, il Tribunale di Ancona respinse il ricorso D.P.R. n. 396 del 2000, ex art. 95 promosso da R.C. – in proprio e nell'interesse della figlia minore L., nata il (OMISSIS) – e diretto ad ottenere, previa dichiarazione di illegittimità del rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile del Comune di (OMISSIS) alla registrazione del cognome paterno nella formazione dell'atto di nascita della bambina, l'ordine all'ufficiale predetto di provvedere alla rettifica di tale atto con la indicazione della paternità di G.A., deceduto il (OMISSIS), e del cognome paterno.

1.1. In particolare, premettendo che R.L. era nata in Italia, a seguito di tecniche di fecondazione assistita cui si era sottoposta la madre all'estero dopo il decesso del marito, il quale aveva a tanto precedentemente acconsentito, e che l'oggetto del giudizio non era stabilire se G.A. fosse il padre biologico della bambina, ma accertare se fosse legittimo, o meno, il diniego dell'ufficiale di stato civile di iscrivere la paternità della minore nell'atto di nascita come richiesto dalla ricorrente, ed altresì riepilogate sia la funzione dell'atto di nascita che le disposizioni del codice civile applicabili ai fini della sua corretta formazione, quel tribunale: i) affermò che l'ufficiale predetto era tenuto a formare



l'atto sulla base delle dichiarazioni delle parti, essendogli precluse indagini ed accertamenti in ordine alle dichiarazioni ed alla paternità, affidate, invece, esclusivamente all'autorità giudiziaria. Ritenne, pertanto, affatto legittimo il rifiuto del primo di iscrivere nell'atto la paternità biologica della bambina sulla base della dichiarazione della sola madre, non essendo ammissibile e consentito allo stesso un'indagine sulla rilevanza probatoria della documentazione relativa alla procreazione medicalmente assistita allegata alla richiesta di formazione dell'atto di nascita, trattandosi di attività di valutazione delle prove della paternità e di accertamento dello status esulante dai suoi compiti istituzionali; ii) rilevò che la diversa impostazione seguita dalla R. non fosse coerente con l'art. 241 c.c., che ammette la prova della filiazione con ogni mezzo, ma solo nell'ambito di un giudizio, e che i diritti della minore fossero comunque preservati, perché l'atto di nascita era stato formato e la madre avrebbe potuto utilizzare gli altri rimedi processuali diretti a far constatare la paternità e ad ottenere l'attribuzione del cognome paterno, sicché nemmeno era ravvisabile alcun contrasto con la giurisprudenza, anche comunitaria, da lei invocata, afferente l'attribuzione dello status come strumento di tutela della identità dell'individuo e del diritto al rispetto della vita familiare ex art. 8 della CEDU; iii) opinò che il rifiuto opposto dal comune non contrastasse con la L. n. 40 del 2004, art. 8, regolante lo status dei figli nati con le tecniche di procreazione medicalmente assistita, prediligendo l'opzione ermeneutica secondo cui la predetta disposizione non avesse innovato rispetto alla disciplina relativa allo status di figlio naturale riconosciuto, con la conseguenza che sarebbe stato sempre necessario il riconoscimento da parte di entrambi i genitori e, ove questo non fosse stato possibile, non si sarebbe potuto prescindere dall'esperimento di una azione di stato ex art. 269 c.c.

1.2. Il reclamo proposto dalla R., in proprio e nell'interesse della figlia L., avverso questo provvedimento è stato respinto dalla Corte di appello di Ancona, la quale, con decreto del 12 marzo 2018: a) ha disatteso l'assunto difensivo della reclamante secondo cui il descritto operato dell'ufficiale di stato civile sarebbe stato illegittimo perché in contrasto con le disposizioni previste dalla L. n. 40 del 2004. Quest'ultima, invero, non era applicabile nella concreta fattispecie – anzi, espressamente la vietava atteso che, se, da un lato, era incontestato che l'accesso alle tecniche fosse avvenuto quando i coniugi erano viventi, dall'altro, era altrettanto pacifico, perché riferito dalla stessa R., che l'intervento di fecondazione fosse stato successivo al decesso di suo marito. Correttamente, dunque, l'ufficiale di stato civile aveva applicato, ai fini della formazione dell'atto di nascita, le disposizioni generali dettate dal codice civile, richiamate dal tribunale. Al contrario, la tesi della R., secondo cui lo status che l'ufficiale di stato civile avrebbe illegittimamente



omesso di indicare doveva desumersi dalla dichiarazione della madre integrata dal consenso del padre tanto alla procreazione medicalmente assistita che alla fecondazione post mortem e derivare direttamente dalla L. n. 40 del 2004, art. 8, avrebbe comportato sia la valutazione in merito al contenuto della documentazione esibita a sostegno della richiesta di formazione dell'atto di nascita, sia l'interpretazione delle disposizioni della legge predetta, onde estenderla anche a fattispecie ivi non espressamente previste (anzi, addirittura, – come si è detto – vietate): attività, entrambe, esulanti dall'esercizio dei poteri attribuiti al menzionato ufficiale nella formazione di quell'atto; b) ha affermato che, pure ammettendo che il riconoscimento del rapporto di filiazione tra la bambina nata ed il defunto padre sia solo l'effetto prodotto dalla applicazione della legge spagnola e non comporti la legittimazione alla pratica della fecondazione post mortem, un siffatto riconoscimento, in ogni caso, proprio perché implicante una valutazione in ordine alla validità ed efficacia di alcuni documenti ed alla loro rilevanza probatoria ai fini dell'accertamento dello status, non poteva essere effettuato dall'ufficiale di stato civile, il quale, pertanto, legittimamente aveva applicato le regole generali del codice civile (artt. 231-232), che escludono l'operatività della presunzione di concepimento oltre trecento giorni dalla cessazione del vincolo matrimoniale (situazione verificatasi nel caso in esame, in cui G.A. era deceduto il (OMISSIS) e la bambina era nata il (OMISSIS) e precludono l'iscrizione della paternità sulla base delle sole dichiarazioni della madre; c) ha considerato tutelati l'interesse ed i diritti della minore sia mediante l'atto di nascita, comunque formato, sia tramite gli altri strumenti processuali, forniti dall'ordinamento, che permettono di far constatare la paternità e di ottenere l'attribuzione del cognome paterno, con conseguente insussistenza di qualsivoglia contrasto con la giurisprudenza comunitaria; d) ha ritenuto, infine, non ravvisabili i presupposti per sollevare le questioni di costituzionalità dell'art. 232 c.c. e della L. n. 40 del 2004, artt. 5, 12 e 8, in ragione del fatto che la mancata previsione della fecondazione assistita post mortem, dalla quale traevano origine i diversi profili di illegittimità costituzionale dedotti, era ricollegabile ad una scelta del legislatore che appariva giustificata dalla esigenza di garantire al nascituro il diritto al benessere psicofisico del medesimo attraverso il suo inserimento e la sua permanenza in un nucleo familiare ove fossero presenti entrambe le figure genitoriali.

2. Contro questo decreto, ricorre per cassazione la R., in proprio e quale esercente la potestà genitoriale sulla figlia minore L., affidandosi a quattro motivi, ulteriormente illustrati da memoria ex art. 378 c.p.c., mentre il Comune di (OMISSIS) è rimasto solo intimato.



RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Le formulate doglianze prospettano, rispettivamente:

I) “Violazione e falsa applicazione di legge ex art. 111 Cost. e art. 360 c.p.c., comma 4, con riferimento al n. 3, in relazione al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, artt. 29 e 30”, per avere la corte distrettuale erroneamente ritenuto che l’ufficiale di stato civile avesse un potere discrezionale e/o valutativo quanto alla veridicità della dichiarazione della R. afferente la paternità della suddetta minore;

II) “Violazione e falsa applicazione di legge ex art. 111 Cost. e art. 360 c.p.c., comma 4, con riferimento al n. 3, in relazione alla L. 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 8, 5 e 12”, laddove la medesima corte aveva ritenuto inapplicabile la L. n. 40 del 2004, art. 8, che attribuisce lo status di figlio nato nel matrimonio a quello nato a seguito delle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, anche perché, sotto diverso profilo, nessun contrasto con l’ordine pubblico interno è ipotizzabile quanto alla fecondazione post mortem, tecnica praticata in Stati diversi dall’Italia. Non pertinente, inoltre, doveva considerarsi il richiamo effettuato dalla corte dorica al divieto legislativo di una siffatta fecondazione derivante dall’art. 5, che indica i requisiti soggettivi necessari per accedere alla procreazione medicalmente assistita (d’ora in avanti, anche, più semplicemente, P.M.A.), e art. 12, comma 2, che sancisce i divieti di applicazione delle tecniche di detta procreazione e le sanzioni per la loro inosservanza, della legge citata, posto che il trattamento cui la ricorrente si era sottoposta dopo la morte del marito era avvenuto in Spagna, la cui legislazione non prevede, entro l’anno dal decesso, alcun divieto di fecondazione. Dunque, una volta avvenuta la fecondazione post mortem nel rispetto delle forme e dei termini previsti dalla legge spagnola, la circostanza che il suddetto art. 12 vieti nello Stato italiano tale tipo di fecondazione non poteva essere sufficiente a configurare come contrari all’ordine pubblico gli atti successivi al ricorso a quella tecnica procreativa, quali l’attribuzione della paternità e del cognome nell’atto di nascita;

III) “Violazione e falsa applicazione di legge ex art. 111 Cost. e art. 360 c.p.c., comma 4, con riferimento al n. 3, in relazione all’art. 232 c.c.”, perché il decreto impugnato aveva considerato applicabile, nella specie, l’art. 232 c.c., dettato dal codice civile in tema di procreazione naturale biologica, e non la disciplina contenuta nella L. n. 40 del 2004, art. 8 relativamente allo stato giuridico del nato a seguito dell’applicazione delle tecniche di P.M.A.;

IV) “Violazione e falsa applicazione di legge ex art. 111 Cost. e art. 360 c.p.c., comma 4, con riferimento al n. 3, in relazione agli artt. 3, 30 e 31 Cost., artt. 10 e 117 Cost.



ed artt. 8 e 14 CEDU, art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 3 della L. 27 maggio 1991, n. 176, di ratifica della Convenzione di New York", perché la decisione impugnata si rivelava contraria ai principi costituzionali, eurounitari ed internazionali sulla tutela dei fanciulli e sul prevalente interesse del minore.

1.1. La R. ripropone, infine, in via subordinata, le eccezioni di incostituzionalità dell'art. 232 c.c. (nella parte in cui non prevede la presunzione di concepimento durante il matrimonio anche per i figli nati con il ricorso alle tecniche di P.M.A. post mortem), della L. n. 40 del 2004, artt. 5 e 12 (laddove non prevedono, per un tempo ragionevole di almeno un anno dal decesso, la fecondazione assistita post mortem), nonché dell'art. 8 della medesima legge (nella parte in cui non riconosce lo status di figlio nato nel matrimonio e riconosciuto dalla coppia che ha espresso il consenso per le tecniche di P.M.A. a seguito di fecondazione post mortem), con riferimento agli art. 3 Cost., art. 30 Cost., comma 1, e art. 31 Cost., comma 2, artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, e 3 della Convenzione di New York, per interposizione, dell'art. 117 Cost., comma 1.

... *Omissis* ...

5. Venendo, dunque, ai motivi di ricorso, è opportuno anteporre al loro scrutinio alcune brevi considerazioni circa la natura e l'ambito oggettivo del procedimento disciplinato dal D.P.R. n. 396 del 2000 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma della L. 15 maggio 1997, n. 127, art. 2, comma 12), agli artt. 95 e 96, dovendosi qui solo ricordare che il menzionato D.P.R. ha integralmente sostituito il precedente R.D. 9 luglio 1939, n. 1238, recante l'ordinamento dello stato civile, i cui artt. da 165 a 178 già disciplinavano, in modo analogo, il procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile.

5.1. L'art. 95 predetto dispone che "Chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile o la ricostituzione di un atto distrutto o smarrito o la formazione di un atto omesso o la cancellazione di un atto indebitamente registrato, o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento. Il procuratore della Repubblica può in ogni tempo promuovere il procedimento di cui al comma 1. L'interessato può comunque richiedere il riconoscimento del diritto al mantenimento del cognome originariamente attribuitogli se questo costituisce ormai autonomo



segno distintivo della sua identità personale”; il successivo art. 96, invece, sancisce che “il tribunale può, senza particolari formalità, assumere informazioni, acquisire documenti e disporre l’audizione dell’ufficiale dello stato civile. Il tribunale, prima di provvedere, deve sentire il procuratore della Repubblica e gli interessati e richiedere, se del caso, il parere del giudice tutelare. Sulla domanda il tribunale provvede in camera di consiglio con decreto motivato. Si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 c.p.c. e segg. nonché, per quanto riguarda i soggetti cui non può essere opposto il decreto di rettificazione, l’art. 455 c.c.”.

... *Omissis* ...

5.3.1. Una volta sancito che il procedimento in esame è volto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione di legge, e come, invece, risulta dall’atto dello stato civile, per un vizio comunque e da chiunque originato nel procedimento di formazione dell’atto stesso, in quanto la funzione degli atti dello stato civile è proprio quella di attestare la veridicità dei fatti menzionati nei relativi registri, ciò che effettivamente rileva non è – o, almeno, non lo è in via primaria – quale sia la tipologia di sindacato spettante all’ufficiale dello stato civile, certamente non equiparabile a quello dell’autorità giudiziaria in un’azione di stato, ma quale sia l’ambito della cognizione del giudice che, in un panorama complesso quale quello attuale della genitorialità, sempre più percorso dalla scomposizione del processo generativo per effetto delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, si trovi ad affrontare il ricorso contro il diniego di rettificazione opposto dall’ufficiale predetto.

5.3.2. Ad un siffatto interrogativo, questo Collegio ritiene di dover rispondere che il giudice investito della dedotta illegittimità del rifiuto di rettifica di un atto di nascita – il cui procedimento si configura non come giudizio di costituzione diretta di uno status filiationis bensì di verifica della corrispondenza alla verità di una richiesta attestazione – dispone di una cognizione piena sull’accertamento della corrispondenza di quanto richiesto dal genitore in relazione alla completezza dell’atto di nascita del figlio con la realtà generativa e di discendenza genetica e biologica di quest’ultimo, potendo, così, a questo limitato fine, avvalersi di tutte le risorse istruttorie fornitegli dalla parte. Una simile conclusione, del resto, è pienamente coerente con la previsione del D.P.R. n. 396 del 2000, art. 96, che, come si è già visto, consente al tribunale, seppure senza particolari formalità, di “...assumere informazioni, acquisire documenti e disporre l’audizione dell’ufficiale dello stato civile...”, altresì obbligandolo, prima di provvedere, a sentire il Procuratore della Repubblica e gli interessati...” ed a “richiedere, se del caso, il parere del giudice tutelare...”.



5.3.3. In altri termini, il giudice del merito, proprio perché investito esclusivamente della corrispondenza alla verità del complesso di elementi fattuali documentati dalla parte richiedente, non ha limitazioni per decidere: ove valorizzerà questi ultimi e la coerenza del percorso ivi descritto, riconoscerà il diritto di completare l'atto di nascita e la fondatezza dell'azione di rettifica; diversamente, se riterrà che si debbano adattare parametri di accertamento della genitorialità fondati su presunzioni in relazione ad un processo generativo che non prevede la possibilità di sequenziarne il percorso, allora riterrà corretto il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile che su questo paradigma probatorio ha fondato la sua decisione.

6. Venendo, dunque, ai motivi di ricorso, il primo di essi, che ascrive alla corte distrettuale di avere erroneamente ritenuto che l'ufficiale di stato civile avesse un potere discrezionale e/o valutativo quanto alla veridicità della dichiarazione della R. afferente la paternità della suddetta minore, non merita accoglimento.

6.1. Osserva, infatti, il Collegio, quanto alle dichiarazioni che si fanno dinanzi all'ufficiale dello stato civile, che alcune di queste hanno la funzione esclusiva di dare pubblica notizia di eventi, come la nascita e la morte, che hanno rilevanza per l'ordinamento dello stato civile per il solo fatto di essersi verificati. Da tali eventi, come documentati nei registri dello stato civile, possono derivare, per effetto di normative particolari, estranee alla disciplina che regola le iscrizioni di dette dichiarazioni, diritti e doveri (diritto alla vita, ad essere educato e mantenuto, o, diversamente, diritto alla successione nel defunto, etc.).

6.1.1. In queste ipotesi, grava sul menzionato ufficiale l'obbligo di ricevere quanto riferito dal dichiarante e formarne nei suoi registri processo verbale per atto pubblico, senza che a lui competa di stabilire se gli eventi riportati possano essere compatibili con l'ordinamento italiano e se per questo abbiano rilevanza e siano produttivi di diritti e doveri. Spetterà al giudice pronunciarsi su tali questioni ove su di esse sorga controversia.

6.2. Diversamente, altre dichiarazioni, pure rese dinanzi al medesimo ufficiale, sono, di per se stesse, produttive di effetti giuridici riguardo allo status della persona cui si riferiscono: si pensi, ad esempio, alle dichiarazioni di riconoscimento di filiazione nata fuori del matrimonio (già filiazione naturale) o a quelle che si esprimono in relazione alla cittadinanza italiana.

6.2.1. In questi casi, proprio per la immediatezza della produzione di effetti derivanti dalla dichiarazione compiuta, l'ufficiale dovrà rifiutare di riceverla ove la ritenga in contrasto con l'ordinamento e con l'ordine pubblico (cfr. D.P.R. n. 396 del 2000, art. 7).

6.3. Tanto premesso, deve, allora, considerarsi che, allorquando, il 22 febbraio 2017,



dichiarò la nascita della figlia L. (avvenuta a Fermo il precedente 14 febbraio) presso l'ufficio di stato civile del Comune di (OMISSIS), contestualmente domandando che, nella redazione del corrispondente atto, ne fosse indicata la paternità del defunto G.A., attribuendone alla stessa il cognome, la R. rese, sostanzialmente, due diverse – benché contemporanee – dichiarazioni: una riguardante l'evento nascita, D.P.R. n. 396 del 2000, ex art. 30; l'altra afferente l'indicazione (anche) della paternità della neonata, da lei attribuita – giusta la documentazione attestante la tecnica di P.M.A., cui si era sottoposta in Spagna, e per effetto della quale era derivata la predetta nascita – al suo coniuge, G.A., deceduto fin dal (OMISSIS) ma che, prima della sua morte, aveva acconsentito all'accesso alla P.M.A. da parte della moglie, altresì autorizzandola ad utilizzare, post mortem, il suo seme crioconservato.

6.3.1. È chiaro, quindi, che, alla stregua di quanto si è precedentemente opinato, solo relativamente alla prima di tali dichiarazioni l'ufficiale di stato civile, nel redigere il corrispondente atto ex art. 29 del D.P.R. predetto, nulla avrebbe potuto obiettare alla dichiarante, non spettando a lui di stabilire se l'evento riferitogli potesse essere compatibile con l'ordinamento italiano e se per questo avesse rilevanza e fosse produttivo di diritti e doveri.

6.3.2. Circa la seconda, invece, ingenerando essa stessa effetti giuridici riguardo allo status della persona cui era riferita, l'ufficiale poteva/doveva rifiutare di riceverla ove – come poi effettivamente avvenuto – l'avesse ritenuta in contrasto con l'ordinamento e con l'ordine pubblico (cfr. D.P.R. n. 396 del 2000, art. 7).

6.3.3. Non sussiste, pertanto, la denunciata violazione del D.P.R. n. 396 del 2000, artt. 29 e 30, come qui prospettata dalla ricorrente, dovendosi, piuttosto valutare, attraverso l'esame degli ulteriori motivi di impugnazione da lei oggi formulati, se il rifiuto opposto dall'ufficiale di anagrafe abbia determinato, o meno, una discrasia fra la realtà dalla prima complessivamente dichiarata e la sua riproduzione nell'atto di nascita come redatto da quell'ufficiale: vale a dire tra il fatto, quale era stato nella realtà (o quale avrebbe dovuto essere nell'esatta applicazione della legge) e come, invece, risultava dall'atto dello stato civile.

7. Muovendo, allora, da questa prospettiva di indagine, il secondo, il terzo ed il quarto motivo di ricorso sono suscettibili di esame congiunto, perché chiaramente connessi, rivelandosi, peraltro, fondati per le ragioni di seguito esposte.

7.1. Giova premettere, in punto di fatto, che la R. ha così ricostruito l'iter del complessivo percorso che aveva portato alla nascita della figlia L.: i) i coniugi G. – R., a causa di alcune difficoltà riscontrate nel concepimento di un figlio, avevano deciso di ricor-



rere alle tecniche di P.M.A. prestando il loro consenso il 31 marzo 2015; ii) il G., proprio nel corso della terapia, aveva appreso di essere gravemente malato e, dovendo procedere all'assunzione di farmaci che avrebbero compromesso la sua capacità di generare, aveva reiterato il proprio consenso, con dichiarazione sottoscritta in data 8 settembre 2015, e, consapevole della sua fine imminente, aveva anche autorizzato la moglie all'utilizzo, post mortem, del proprio seme crioconservato al fine di ottenere una gravidanza con l'ausilio delle tecniche di fecondazione assistita omologa; iii) per realizzare il comune desiderio di procreazione, l'odierna ricorrente, dopo la morte del marito avvenuta il (OMISSIS), si era sottoposta al trattamento di fecondazione assistita (FIV) in (OMISSIS), presso il (OMISSIS), dando, poi, alla luce, in Italia (presso l'azienda ospedaliera (OMISSIS)), il (OMISSIS), la piccola L.

7.1.1. Si è trattato, dunque, di una nascita derivata da una tecnica di P.M.A. (fecondazione omologa) eseguita post mortem, benché acconsentita da entrambi i coniugi anteriormente al decesso del G., il quale, poco prima di morire, nel ribadire il proprio consenso, aveva altresì autorizzato, al suddetto fine, l'utilizzo del proprio seme crioconservato.

7.2. Dopo la nascita della figlia, la R., il 22 febbraio 2017, aveva reso la corrispondente dichiarazione all'ufficiale di stato civile del Comune di (OMISSIS) (quello di sua residenza), allegando documentazione a corredo dei fatti di cui si è appena detto: ciò nonostante, quell'ufficiale aveva rifiutato di trascrivere nell'atto di nascita la paternità del defunto G.A. e, conseguentemente, attribuire alla piccola L. il cognome paterno, come dichiarato e richiesto dalla madre, ritenendo tale dichiarazione contraria all'ordinamento giuridico vigente.

7.2.1. Oggi, quindi, non si controverte sulla trascrivibilità, in Italia, di un atto di nascita redatto in uno dei Paesi che consentono tecniche di fecondazione artificiale come quella di cui si è concretamente avvalsa la R., bensì, esclusivamente, della possibilità, o meno, di rettificare, nei sensi invocati dalla odierna ricorrente, un atto di nascita già formato sul territorio nazionale.

... *Omissis* ...

7.3.1. In altri termini, le conclusioni che pure potrebbero desumersi dalla complessiva disciplina di cui alla L. n. 40 del 2004 (come attualmente risultante dopo gli interventi su di essa della Corte costituzionale. Cfr. Corte Cost., sent. n. 151 del 2009; Corte Cost., sent. n. 162 del 2014; Corte Cost., sent. n. 96 del 2015; Corte Cost., sent. n. 229 del 2015) in ordine alla illegittimità, o meno, della pratica, in Italia, di una tecnica di fecondazione omologa post mortem come quella cui si era sottoposta, in Spagna (ove è con-



sentita dalla corrispondente disciplina, entro l'anno dal decesso di chi abbia precedentemente autorizzato l'utilizzo del proprio seme crioconservato), la R., devono necessariamente arrestarsi di fronte al fatto che, una volta verificatasi la nascita per effetto di una tale pratica, occorre stabilire, ai già riportati fini che qui specificamente interessano, se debbano trovare esclusiva applicazione i meccanismi presuntivi previsti dagli artt. 231 e 233 c.c. in relazione alla prova della paternità o se sia necessario anche tener conto della disciplina della L. n. 40 del 2004 circa il rilievo determinante del consenso al processo generativo mediante P.M.A. 7.3.2. Un siffatto accertamento, peraltro, deve ponderare plurimi fattori, quali: a) il rilievo attribuito dalla società odierna a bisogni che un tempo erano ignoti, non prevedibili ed ancora non (o parzialmente) regolamentati dal legislatore, nazionale o sovranazionale; b) il costante dialogo tra le Corti supreme degli Stati Europei ed extraeuropei, con i quali si condividano i principi assiologici dei diritti fondamentali della persona, nonché quello con la Corte EDU e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha determinato la costituzione di una circolarità di approdi interpretativi che prendono spunti da aspetti diversi dell'esperienza giuridica; c) il considerare le tecniche di P.M.A. come un metodo alternativo al concepimento naturale, oppure alla stregha di un trattamento sanitario volto a sopperire una problematica di natura medica che colpisce uno, o entrambi, i componenti della coppia.

7.3.2.1. Tutto questo comporta, invero, che la procreazione nella società della globalizzazione presenta un particolare dinamismo, subordinato agli interessi concreti che è volta a soddisfare, che, addirittura, mediante l'applicazione delle tecniche di P.M.A. anche dopo la morte di uno dei due partners, finisce con il superare il confine terreno dell'unità coniugale, ma che, comunque, non può prescindere dall'importante ruolo della "responsabilità" genitoriale, che passa da esercizio di un diritto alla procreazione allo svolgimento di una "funzione" genitoriale.

7.3.3. In un tale scenario, nel quale la genitorialità spesso può anche scindersi dal nesso col matrimonio e dalla famiglia, declinandosi in una molteplicità di contesti prima ritenuti inediti, è necessario comprendere se i divieti di genitorialità pure evincibili dal nostro ordinamento possano fungere da "controlimite" alla tutela dei diritti di chi è nato, oppure se occorra superare i confini della tradizione ed accettare, regolandoli, i nuovi percorsi della genitorialità stessa.

7.4. Orbene, è noto che, ove la madre, che abbia fatto la dichiarazione di nascita, non sia più coniugata per essere stato annullato o sciolto il suo matrimonio (come accaduto nella specie, per effetto della morte del marito della odierna ricorrente avvenuta il (OMISSIS), data pacificamente anteriore addirittura all'avvenuta sua sottoposizione al



trattamento di P.M.A.) o per esserne stati dichiarati cessati gli effetti civili, la corrispondenza del fatto reale (paternità dell'ex coniuge della madre ovvero di altra persona) con quello riprodotto nell'atto dello stato civile dipende dall'operare, o meno, della presunzione stabilita dall'art. 232 c.c.. Secondo tale norma, si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non siano trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio (comma 1), ma la presunzione non opera decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale, o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi siano stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione, di annullamento o di divorzio (comma 2).

7.4.1. Pertanto, alla luce di tale disciplina, affinché vi sia corrispondenza fra la realtà del fatto come complessivamente dichiarato all'ufficiale di anagrafe e la sua riproduzione nell'atto di nascita come da quest'ultimo concretamente redatto, occorre che operi la presunzione di legge, perché, se questa (indipendentemente dal verificarsi delle condizioni indicate nell'art. 232 c.c., comma 1) si rivela inapplicabile, in quanto ricorra una delle fattispecie di cui al comma 2 della citata norma, l'atto dello stato civile, che attribuisca al figlio il cognome dell'ex coniuge della madre, è difforme dalla situazione quale è secondo la previsione codicistica.

7.5. È altrettanto indiscutibile che, ai sensi del vigente art. 250 c.c., comma 1, il figlio nato fuori del matrimonio può essere riconosciuto nei modi previsti dall'art. 254 c.c., dalla madre e dal padre, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento, potendo detto riconoscimento avvenire tanto congiuntamente che disgiuntamente. L'art. 254 c.c., comma 1, a sua volta, specifica che il riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio è fatto nell'atto di nascita, oppure con un'apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o in un atto pubblico o in un testamento, qualunque sia la forma di questo.

7.5.1. La corrispondenza tra il fatto riprodotto nell'atto dello stato civile (nascita del figlio fuori dal matrimonio e suo riconoscimento da parte dei genitori o di uno solo di essi) e la situazione reale secondo le appena riportate disposizioni codicistiche, postula, allora che, innanzi all'ufficiale di stato civile, la corrispondente dichiarazione di riconoscimento sia fatta nei modi previsti dall'art. 254 c.c., altrimenti l'atto dello stato civile, che attribuisca al figlio il cognome di quello dei genitori che non abbia così proceduto, è difforme dalla situazione quale è secondo la previsione del codice civile, essendo, anche in questo caso, affetto da un vizio che ne ha alterato il procedimento di formazione.

7.6. Quanto, invece, alla disciplina, in materia di filiazione, di cui alla L. n. 40 del



2004, va, innanzitutto, rimarcato il suo art. 8, il quale (nel testo, qui applicabile *ratione temporis*, risultante dalle modifiche apportategli dal D.Lgs. n. 154 del 2013), sotto la rubrica “stato giuridico del nato”, sancisce che “I nati a seguito dell’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell’art. 6”.

7.6.1. Merita, però, di essere ricordato, ai fini che in questa sede specificamente interessano, anche l’art. 9 (Divieto del disconoscimento della paternità e dell’anonimato della madre), a tenore del quale, dopo gli interventi sullo stesso della Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014 (che ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dei commi 1 e 3, limitatamente alle parole “in violazione del divieto di cui all’art. 4, comma 3”), “Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l’azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall’art. 235 c.c., comma 1, nn. 1) e 2), né l’impugnazione di cui all’art. 263 c.c.. La madre del nato a seguito dell’applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell’art. 30, comma 1, del regolamento di cui al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”.

... *Omissis* ...

7.7.1. È chiaro che qualsivoglia considerazione riguardante la valutazione in termini di illiceità/illegittimità, in Italia, della tecnica di P.M.A. in precedenza specificamente richiamata, oltre che, eventualmente, delle condotte di coloro che ne consentono l’accesso o l’applicazione, non potrebbe certamente riflettersi, in negativo, sul nato e sull’intero complesso dei diritti a lui riconoscibili. In altre parole, la circostanza che si sia fatto ricorso all’estero a P.M.A. non espressamente disciplinata (o addirittura non consentita) nel nostro ordinamento non esclude, ma anzi impone, nel preminente interesse del nato, l’applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all’esito di tale percorso, come, peraltro, affermato, con chiarezza, della Corte EDU nelle due sentenze “gemelle” *Menesson c. Francia* (26 giugno 2014, ric. n. 65192/11) e *Labassee c. Francia* (26 giugno 2014, ric. n. 65941/11), oltre che sancito anche dalla Corte Costituzionale fin dalla sentenza n. 347 del 1998, che (ancor prima del sopravvenire della L. n. 40 del 2004) sottolineò la necessità di distinguere tra la disciplina di accesso alle tecniche di P.M.A. e la doverosa, e preminente, tutela giuridica del na-



to, significativamente collegata alla dignità dello stesso. Già in quella sede ci si preoccupò “...di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato (...), non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 Cost., ma ancor prima – in base all’art. 2 Cost. – ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare...” (cfr. C. Cost. n. 347 del 1998). Sostanzialmente nel medesimo senso, del resto, si è già esplicitamente pronunciata anche questa Suprema Corte nella fondamentale sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016 (benché resa in vicenda affatto diversa da quella oggi in esame), secondo cui “le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla L. n. 40 del 2004 imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia non possono ricadere su chi è nato”, di ciò essendosi mostrato consapevole lo stesso legislatore, il quale, all’art. 9, comma 1, ha previsto che, in caso di ricorso a tecniche (allora vietate) di procreazione medicalmente assistita addirittura di tipo eterologo (nel caso di specie, invece, si è in presenza, pacificamente, di una fecondazione omologa, sebbene post mortem), il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l’azione di disconoscimento della paternità, né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (cfr., sostanzialmente nel medesimo senso, anche la successiva Cass. n. 14878 del 2017).

7.8. Tornando, dunque, al problema interpretativo dei rapporti, ai delimitati fini che in questa sede specificamente interessano, tra la normativa del codice civile e quella contenuta nella L. n. 40 del 2004 (in particolare ai suoi artt. 8 e 9), occorre praticamente verificare se la disciplina della filiazione nella procreazione medicalmente assistita configuri un sistema alternativo rispetto a quello codicistico, in ragione della peculiarità propria della tecnica de qua, o si inserisca in quest’ultimo che regola la filiazione da procreazione naturale attraverso la previsione di specifiche eccezioni. Dalla soluzione di tale questione, infatti, deriva l’applicabilità, o meno, alla filiazione da P.M.A. dei principi e criteri attributivi dello status del nato da procreazione naturale, e, poiché lo status risulta in ultima analisi dall’atto di nascita, dalla soluzione della medesima questione discendono anche le regole da seguire nella formazione di tale documento, al fine di verificare se, nel caso in esame, sussista, o meno, corrispondenza fra la realtà del fatto come complessivamente dichiarato dalla R. all’ufficiale di stato civile del Comune di (OMISSIS) e la sua riproduzione nell’atto di nascita come da quest’ultimo concretamente redatto.

7.8.1. Nella giurisprudenza di legittimità finora intervenuta, non si rinvencono prece-



denti riconducibili, specificamente, proprio alla fattispecie, oggi in esame, di fecondazione omologa effettuata (peraltro in un Paese dove ciò è consentito in un ambito temporale risultato rispettato) quando il marito (ma altrettanto dovrebbe dirsi ove si trattasse solo di convivente), che abbia già prestato, congiuntamente alla moglie (o alla convivente) e prima del proprio decesso, il consenso alle tecniche di P.M.A., lo abbia reiterato in modo sostanzialmente coerente con quanto richiesto dalla L. n. 40 del 2004, art. 6.

7.8.2. È, altresì, di tutta evidenza che, di fronte alle pratiche di P.M.A., risulta assai problematico comporre, in modo equilibrato e coerente, le esigenze contrapposte della certezza e stabilità dello stato di filiazione e della sua corrispondenza con la verità, sicché non stupisce la varietà delle possibili soluzioni ipotizzate, in proposito, dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito. Tanto è la logica conseguenza del fatto che, ormai, figlio è non solo chi nasce da un atto naturale di concepimento ma anche colui che venga al mondo a seguito di fecondazione assistita (omologa o eterologa, quest'ultima nella misura in cui è oggi consentita dalla L. n. 40 del 2004 a seguito dei già descritti ripetuti interventi della Corte costituzionale), o colui che sia tale per effetto di adozione: ciò dimostra che i confini una volta ritenuti invalicabili del principio tradizionale della legittimità della filiazione sono ormai ampiamente in discussione. In base agli artt. 2 e 30 Cost., del resto, il nato ha diritto, oltre che di crescere nella propria famiglia, di avere certezza della propria provenienza biologica, rivelandosi questa come uno degli aspetti in cui si manifesta la sua identità personale (cfr., anche nelle rispettive motivazioni, Cass. n. 6963 del 2018; Cass., SU, n. 1946 del 2017; Cass. n. 15024 del 2016).

7.8.2.1. Orbene, secondo una prima opinione, che muove dall'assunto che la disciplina di attribuzione dello status nella procreazione medicalmente assistita configuri un sistema del tutto alternativo rispetto a quello codicistico, lo status di figlio del nato da P.M.A. non deriverebbe dalle regole applicabili alla generazione biologica naturale, diverse a seconda che il figlio sia nato nel matrimonio o fuori di esso, poiché, invece, detto status verrebbe attribuito direttamente dalla legge e, inscindibilmente, nei confronti della coppia che abbia espresso la volontà di accedere alle tecniche di P.M.A., indipendentemente dal fatto che i genitori siano, o meno, sposati, sicché il consenso dato dal coniuge o convivente alla fecondazione artificiale (che non risulti revocato fino al momento della fecondazione dell'ovulo. Cfr. L. n. 40 del 2004, art. 6, comma 3) avrebbe un significato diverso ed ulteriore rispetto a quello ascrivibile alla nozione di "consenso informato" al trattamento medico e governerebbe lo status identificando la maternità e la paternità del nato nella forma più ampia e certa, senza bisogno di ulteriori manifestazioni di volontà.

7.8.2.2. Per chi ritiene, viceversa, che al nato da P.M.A. si applichino i medesimi



principi in tema di filiazione naturale, il consenso dato dal coniuge o convivente alla fecondazione artificiale non inciderebbe direttamente sull'attribuzione dello status del figlio, ma avrebbe solo la funzione di consentire al figlio di identificare il proprio genitore grazie all'assenso da lui prestato alla P.M.A.

7.8.3. Un siffatto dilemma interpretativo produce i suoi effetti anche sullo status del figlio nel caso di fecondazione medicalmente assistita post mortem, dovendosi, peraltro, rimarcare che rientrano, in questo particolare contesto, ipotesi affatto diverse tra loro, quali: il prelievo del seme dal cadavere dell'uomo; l'inseminazione artificiale della donna con seme crioconservato, prelevato dal partner prima del decesso (concretamente avvenuta nella fattispecie in esame); infine, l'impianto, nel corpo della donna, dell'embrione formatosi quando entrambi i componenti la coppia erano in vita.

7.8.3.1. La L. n. 40 del 2004, art. 5, nel riservare l'accesso alla procreazione a coppie i cui membri siano "entrambi viventi", sembra escludere che possa ricorrervi una donna vedova, sotto pena di sanzioni amministrative (art. 12, della medesima legge), e tanto, come pure si è autorevolmente sostenuto, allo scopo di evitare i pregiudizi che al minore potrebbero eventualmente derivare a causa della mancanza della figura paterna. La norma, tuttavia, non precisa in quale momento del complesso procedimento fecondativo sia richiesta la presenza in vita di entrambi i membri della coppia, sicché spetta all'interprete, alla luce dei principi sottesi alla disciplina in materia, stabilire se debbano considerarsi illecite, o meno, tutte e tre le diverse ipotesi precedentemente prospettate, ed a tal fine non potrebbe prescindere da quanto sancito dal successivo art. 6, comma 1, – a tenore del quale, per le finalità indicate dal comma 3 del medesimo articolo (afferente il consenso informato dei soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita), "prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'art. 5..." – che, almeno prima facie, sembra postulare l'esistenza in vita dei menzionati soggetti appunto in ogni fase di applicazione della tecnica prescelta.

7.8.3.2. Un siffatto problema, però, come si è già ripetutamente detto, non può assumere rilievo primario, atteso che nel presente giudizio, alla stregua di quanto si è chiarito circa l'ambito operativo del procedimento D.P.R. n. 396 del 2000, ex artt. 95 e 96, occorre accertare esclusivamente la corrispondenza fra la realtà di un fatto come complessivamente dichiarato dalla R. all'ufficiale di stato civile del Comune di (OMISSIS) e la sua riproduzione nell'atto di nascita come da quest'ultimo concretamente redatto, dovendo le conclusioni pure desumibili dalla complessiva disciplina di cui alla L. n. 40 del 2004 in ordine alla illegittimità, o meno, della pratica, in Italia, di una tecnica di fecon-



dazione omologa post mortem come quella cui si era sottoposta (affatto lecitamente secondo la *lex loci*), in Spagna, la ricorrente, necessariamente arrestarsi di fronte al fatto che, una volta verificatasi la nascita, non ci si può sottrarre all'individuazione della disciplina da applicarsi in materia di filiazione. Tanto per la evidente ragione che, in ogni caso, il nostro ordinamento non può disinteressarsi dei correlativi diritti del soggetto venuto al mondo a seguito di una procreazione medicalmente assistita post mortem eventualmente effettuata dal cittadino italiano in un Paese ove tale pratica è ammessa ed avvenuta nel pieno rispetto dei limiti temporali di sua esecuzione prevista dalla corrispondente disciplina.

7.8.4. Si pone, allora, la necessità di individuare, nel silenzio del legislatore, lo status del figlio in tal modo venuto al mondo. Infatti, a differenza di quanto previsto per la procreazione eterologa (inderogabilmente vietata nel disegno originario della L. n. 40 del 2004, ma alla quale oggi possono accedere, invece, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, le “coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi” per le quali è stata accertata e certificata una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità per uno o per entrambi i partner), nel caso di procreazione post mortem la nuova normativa non detta una disciplina dedicata alla fattispecie (in ipotesi) vietata, sicché occorre chiedersi se possa applicarsi la L. n. 40 del 2004, art. 8, sullo status giuridico del nato, anche quando il figlio sia nato (come nella specie) oltre i trecento giorni dalla morte del padre. Le opinioni espresse sono varie.

7.8.4.1. Coloro i quali assumono che, anche in caso di procreazione medicalmente assistita, troverebbero applicazione i principi generali stabiliti nel codice civile in tema di filiazione naturale, si dividono tra chi sostiene che la nascita di un figlio da fecondazione artificiale omologa post mortem avvenuta in un periodo che non consente più l'operatività della presunzione di concepimento in costanza di matrimonio può solo giustificare la proposizione di una domanda di dichiarazione giudiziale di paternità, con la conseguenza che un riconoscimento preventivo del marito mentre era ancora in vita sarebbe privo di effetti, e chi, invece, ritiene che la suddetta situazione non costituirebbe un ostacolo alla operatività della presunzione di paternità tutte le volte in cui possa essere provato, ai sensi dell'art. 234 c.c., il concepimento in costanza di matrimonio. Tale requisito, attraverso una interpretazione estensiva della norma, dovrebbe considerarsi soddisfatto dimostrando che la fecondazione dell'ovulo (cioè, la creazione dell'embrione) sia avvenuta durante il matrimonio, purché la moglie non sia passata a nuove nozze. Quest'ultima tesi, però, oltre a fondarsi su una interpretazione del “concepimento” sensi-



bilmente distante rispetto alla sua accezione tradizionale, che lo identifica con il momento nel quale l'ovulo fecondato attecchisce nell'utero materno, finisce con il distinguere immotivatamente la situazione giuridica del nato a seconda del tipo di tecnica di procreazione medicalmente assistita che sia stata eseguita, essendo possibile congelare e conservare a lungo non solo l'embrione ma anche il liquido seminale e potendosi, pertanto, ipotizzare che la stessa fecondazione dell'ovulo avvenga, come peraltro accaduto nel caso in esame, solo dopo la morte del marito.

7.8.4.2. La diversa impostazione secondo la quale, nella fattispecie in esame, si potrebbe applicare la L. n. 40 del 2004, art. 8, sullo status giuridico del nato, muove, invece, dal rilievo che il legislatore non ha limitato espressamente l'applicabilità della norma in esame alle sole ipotesi di procreazione medicalmente assistita "lecita" ed ha, anzi, espressamente contemplato la sua applicabilità alla ipotesi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in relazione alla quale l'impossibilità di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità presuppongono che, anche in simili casi, il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita sia sufficiente per l'attribuzione dello status di figlio.

7.8.4.3. Ne consegue che, ove si sia proceduto, nonostante il tenore letterale della L. n. 40 del 2004, art. 5 e art. 6, comma 1, dopo la morte del marito ed acquisito il suo univoco consenso in vita, alla formazione di embrioni con il seme crioconservato dello stesso e gli ovociti della moglie ed al loro impianto, dovrebbe prevalere la tutela legislativa del nato da fecondazione omologa, posto che il sicuro legame genetico consentirebbe comunque l'instaurazione del rapporto di filiazione nei confronti di entrambi i genitori genetici, anche ove volesse ritenersi violato il quadro normativo derivanti dalle disposizioni relative all'accesso alla P.M.A. nel nostro ordinamento interno.

7.8.5. Fermo quanto precede, rileva innanzitutto il Collegio che, per quanto concerne il nato da P.M.A. di tipo eterologo, la L. n. 40 del 2004, art. 9, comma 1, stabilisce che il marito o il convivente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità o l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità purché il suo consenso sia ricavabile da "atti concludenti". Proprio l'effettuato riferimento della norma ad "atti concludenti", da cui deve desumersi il consenso alla tecnica della procreazione eterologa (lecita, oggi, nei predetti limiti di cui a Corte Cost. n. 162 del 2014), costituisce, allora, un argomento significativo per ritenere, fondatamente, che questi stessi "atti concludenti" siano idonei a maggior ragione a dimostrare il consenso alle pratiche lecite di procreazione assistita omologa, essendo innegabile che la genitorialità di cui al citato art. 8 spetti alla coppia, coniugata o convivente, che abbia voluto congiuntamente accedere alla



tipologia di P.M.A. consentita anche nel nostro ordinamento.

7.8.5.1. La L. n. 40 del 2004, art. 8 esprime, poi, l'assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità in relazione ai nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di P.M.A. La norma non contiene alcun richiamo ai suoi precedenti artt. 4 e 5, con i quali si definiscono i confini soggettivi dell'accesso alla P.M.A., così dimostrando una sicura preminenza della tutela del nascituro, sotto il peculiare profilo del conseguimento della certezza dello status filiationis, rispetto all'interesse, pure perseguito dal legislatore, di regolare rigidamente l'accesso a tale diversa modalità procreativa.

7.8.6. Ribadito, allora, che non si controverte, in questa sede, della illiceità, o meno, di una siffatta tecnica di P.M.A., ma, alla stregua di quanto si è già chiarito circa l'ambito operativo del procedimento D.P.R. n. 396 del 2000, ex artt. 95 e 96, esclusivamente della corrispondenza fra la realtà di un fatto come complessivamente dichiarato all'ufficiale di stato civile e la sua riproduzione nell'atto di nascita come da quest'ultimo concretamente redatto, opina questa Corte che sia possibile l'applicazione della disciplina della L. n. 40 del 2004, art. 8 (anche) alla specifica ed affatto peculiare ipotesi di cui oggi si discute, apparendo del tutto ragionevole la conclusione che il/la nato/a allorquando il marito (o il convivente) sia morto dopo avere prestato il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (nella specie, peraltro, pacificamente ribadito solo pochi giorni prima del decesso) ai sensi dell'art. 6 della medesima legge e prima della formazione dell'embrione avvenuta con il proprio seme precedentemente crioconservato (di cui, prima del decesso, abbia, altresì, autorizzato l'utilizzazione) sia da considerarsi figlio nato nel matrimonio della coppia che ha espresso il consenso medesimo prima dello scioglimento, per effetto della morte del marito, del vincolo nuziale. In tal caso, benché manchi il requisito della esistenza in vita di tutti i soggetti al momento della fecondazione dell'ovulo, deve ritenersi che, una volta avvenuta la nascita, il/la figlio/a possa avere come padre colui che ha espresso il consenso ex art. 6 della legge predetta, senza mai revocarlo, dovendosi individuare in questo preciso momento la consapevole scelta della genitorialità.

7.8.6.1. L'appena riferita scelta interpretativa si fonda sulla rilevanza che assume la discendenza biologica, della quale la parte odierna ricorrente ha specificamente dedotto di aver fornito ampia prova, tra l'uomo che ha comunque espresso un consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, altresì autorizzando l'utilizzazione del proprio seme precedentemente prelevato e crioconservato, ed il nato, e prescinde, pertanto, da ogni considerazione del tempo in cui sono avvenuti il concepimento (se lecitamente, o meno, non interessa nella concreta fattispecie, non potendosi riflettere sul nato



eventuali responsabilità dei genitori e/o dei medici che hanno assecondato i loro progetti) e la nascita. Proprio perché le tecniche in questione rendono possibile il differimento della nascita, senza per questo incidere sulla certezza della paternità biologica, si rivelano inapplicabili, in materia, quei principi, dettati nel codice civile (artt. 232 e 234 c.c., ma si veda anche l'art. 462 c.c., comma 2), basati su un sistema di presunzioni tramite le quali si cerca di stabilire quella certezza.

7.8.6.2. Alla predetta soluzione, peraltro, nemmeno sembra di assoluto ostacolo l'assunto secondo cui l'ordinamento deve proteggere l'infanzia garantendo il diritto ad avere una famiglia composta da due figure genitoriali, nel chiaro intento positivo di considerare prevalente la tutela del nascituro rispetto al diritto alla genitorialità. Al contrario, si può comunque osservare che la limitazione della donna, nella specifica situazione in cui era venuta a trovarsi l'odierna ricorrente, all'accesso alla tecnica cui ella si era poi sottoposta non è funzionale a far prevalere l'interesse del nascituro a venire al mondo in una famiglia che possa garantire l'esistenza e l'educazione, perché l'alternativa è il non nascere affatto; parimenti, l'affermazione che nascere e crescere con un solo genitore integri una condizione esistenziale negativa non sembra potersi enfatizzare al punto tale da preferire la non vita. Al contrario, l'interesse del nato, nella specie, è quello di acquisire rapidamente la certezza della propria discendenza bi-genitoriale, elemento di primaria rilevanza nella costruzione della propria identità (cfr., anche nelle rispettive motivazioni, le già richiamate Cass. n. 6963 del 2018; Cass., SU, n. 1946 del 2017; Cass. n. 15024 del 2016).

7.8.6.3. In uno scenario, nel quale, come si è detto in precedenza, la genitorialità spesso va staccandosi dal nesso col matrimonio e dalla famiglia, declinandosi in una molteplicità di contesti prima ritenuti inediti, è, allora, necessario porsi in un'altra prospettiva, dove il rapporto familiare non si pone più in termini convenzionali, in cui nuove ipotesi di relazioni intersoggettive calzano la scena della famiglia, che non può più essere solo quella che il codice civile ha previsto nel 1942. Il fenomeno dell'emersione di diverse relazioni intersoggettive nelle relazioni affettive è, del resto, in progressiva evoluzione, così da richiedere una tutela sistematica (e non più occasionale) dei fenomeni prima sconosciuti o ritenuti minoritari, imponendo soluzioni capaci di emanciparsi da quei modelli tradizionali che rischiano, ormai, di rivelarsi inadeguati rispetto ai primi.

7.8.7. Ciò posto, la fattispecie qui esaminata presuppone, oltre alla morte del marito (o del convivente), che vi sia stato il consenso dello stesso (o del convivente) al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e che tale consenso non solo sia certamente persistito fino al suo decesso, ma, prima di tale momento ultimo,



sia stato anche da lui arricchito dall'espressa autorizzazione all'utilizzo, post mortem, del proprio seme crioconservato: in presenza di una siffatta ipotesi, l'interpretazione preferibile è, dunque, quella secondo la quale la disciplina di attribuzione dello status nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema alternativo, speciale, e non possono, di conseguenza, trovare applicazione i meccanismi di prova presuntiva del codice civile riferibili alla generazione biologica naturale.

7.8.8. Manca, del resto, qualsivoglia dato normativo che induca a ritenere che nella procreazione medicalmente assistita debbano applicarsi tali presunzioni in materia di procreazione biologica naturale se non espressamente derogati dalla L. n. 40 del 2004, artt. 8 e 9. Invero, gli argomenti, di tipo testuale, pure svolti a sostegno di quest'ultima tesi non persuadono.

7.8.8.1. Si è, in primo luogo, osservato che il contenuto del comma 2 dell'art. 9, che pone il divieto dell'anonimato materno nella fecondazione medicalmente assistita, sembra presupporre l'astratta applicabilità alla procreazione medicalmente assistita dei principi stabiliti in tema di filiazione biologica naturale. Inoltre, sempre secondo tale tesi, la disposizione contenuta nell'art. 9, comma 3, secondo cui, in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato, assume effettiva portata normativa soltanto se intesa quale deroga alla ordinaria disciplina della filiazione naturale, mentre avrebbe una mera portata esplicativa nel caso opposto.

7.8.8.2. Nondimeno, il divieto di anonimato materno, lungi dal presupporre l'operatività dei principi generali, ben può costituire espressione proprio delle differenze esistenti tra procreazione naturale e procreazione medicalmente assistita con riferimento alla determinazione dello status del nato, poiché in quest'ultimo caso il consenso dato alla pratica della procreazione medicalmente assistita determinerebbe una "responsabilità" riguardo alla filiazione, tale da escludere la stessa facoltà per la donna di non essere nominata. D'altronde, risulta affatto condivisibile e tutt'altro che illogico, il rilievo che, in un'ottica di tutela del nato, al consenso prestato dai genitori per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita il legislatore abbia riconosciuto anche il riconoscimento del nato e che tale ipotesi sia stata, dunque, differenziata da quella di procreazione naturale, anche sotto il profilo delle possibili conseguenze. Ciò emerge in maniera evidente nella fecondazione eterologa, ove l'interesse del minore costituisce un vero e proprio limite al principio della verità biologica, tanto che il legislatore, per perseguire tale interesse, ha attribuito precipuo rilievo al consenso prestato dai coniugi o conviventi al ricorso a tecniche di procreazione assistita, ma risulta confermato anche in caso di fe-



condazione omologa post mortem, con riferimento alla quale, non essendo in alcun caso ipotizzabile un contrasto tra favor veritatis e favor minoris, coincidendo quest'ultimo con il diritto del minore alla propria identità, il consenso prestato dai coniugi o conviventi appare elemento qualificante la disciplina in materia di accertamento della filiazione in funzione di una effettiva tutela della personalità del minore. Viceversa, proprio riguardo alla procreazione medicalmente assistita post mortem, le regole generali non appaiono congrue, in quanto si versa in presenza di un evento in cui si può avere la certezza che la fecondazione è avvenuta dopo la morte del soggetto che ha espresso il consenso e, ciononostante, si è altrettanto sicuri che ricorra con quello stesso soggetto quel rapporto di consanguineità che si pone a fondamento del sistema generale della filiazione.

7.8.9. Appare, pertanto, decisamente preferibile, di fronte ad un dato testuale sostanzialmente neutro, interpretare la norma in funzione della effettività della tutela del diritto della persona umana alla propria identità, la quale, come sottolineato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (nelle due, già menzionate, sentenze “gemelle” *Menesson c. Francia*, del 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, e *Labassee c. Francia*, del 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11), comprende l'identificazione del proprio status di figlio di determinati genitori.

7.9. Alla stregua delle superiori considerazioni, nella concreta fattispecie oggi in esame occorre, allora, applicare la disciplina contenuta nella menzionata L. n. 40 del 2004, art. 8, senza poter fare riferimento alla presunzione stabilita dall'art. 232 c.c., che, di per sé, non può costituire ostacolo all'attribuzione al nato a seguito di fecondazione omologa eseguita post mortem dello status di figlio del marito deceduto, anche se la nascita sia avvenuta dopo il decorso del termine di trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio conseguente alla sua morte. Naturalmente, per potere affermare che L. sia figlia del marito deceduto della ricorrente, deve esistere il presupposto fondamentale previsto dal suddetto L. n. 40 del 2004, art. 8, vale a dire il consenso espresso congiuntamente dai coniugi al ricorso alle tecniche di P.M.A., secondo quanto stabilito dall'art. 6 della medesima legge, e mantenuto fermo dal marito fino alla data della sua morte. D'altra parte, non tutti i requisiti del consenso indicati dalla norma appaiono necessari ai fini dell'attribuzione dello status filiationis, come si desume implicitamente dal disposto dell'art. 9, a norma del quale è sufficiente che il consenso sia ricavabile da atti concludenti. In definitiva, quindi, benché la mancanza dei requisiti del consenso stabiliti dalla L. n. 40 del 2004, art. 6 non permetta di accedere alle pratiche di procreazione medicalmente assistita, laddove la procreazione comunque avvenga, lo status filiationis va determinato verificando solamente se effettivamente il coniuge o il convivente abbia prestato il proprio



consenso alla procreazione medicalmente assistita anche solo mediante atti concludenti, e se tale consenso, integrato da quello riguardante anche la possibilità di utilizzo del proprio seme post mortem, sia effettivamente persistito fino al momento ultimo (nella specie, quello della morte del marito della odierna ricorrente) entro il quale lo stesso poteva essere revocato, non ravvisandosi valide ragioni per ritenere, al contrario, che il consenso peculiarmente espresso per un atto da compiersi dopo la morte perda efficacia al verificarsi di detto evento.

7.10. Nella fattispecie in esame, la R. ha dedotto che: i) con il coniuge G.A., avevano deciso di ricorrere alle tecniche di P.M.A. prestando il loro consenso il 31 marzo 2015; ii) il G., proprio nel corso della terapia, aveva appreso di essere gravemente malato e, dovendo far ricorso all'assunzione di farmaci che avrebbero compromesso la sua capacità di generare, aveva reiterato il proprio consenso, con dichiarazione sottoscritta in data 8 settembre 2015, e, consapevole della sua fine imminente, aveva autorizzato la moglie all'utilizzo, post mortem, del proprio seme crioconservato al fine di ottenere una gravidanza con l'ausilio delle tecniche di fecondazione assistita omologa; iii) per realizzare il comune desiderio di procreazione, l'odierna ricorrente, dopo la morte del marito avvenuta il (OMISSIS), si era sottoposta, al trattamento di fecondazione assistita (FIV) in Spagna, dando, poi, alla luce, in Italia, il (OMISSIS), la piccola L.

7.10.1. Pertanto, alla stregua della L. n. 40 del 2004, art. 8, come in precedenza interpretato, il fatto storico della nascita, così avvenuta, di quella bambina, ne avrebbe dovuto comportare, ove adeguatamente documentate le circostanze suddette, la formazione del corrispondente atto dello stato civile con la indicazione della paternità di G.A. e del cognome paterno. Non si tratta, quindi, di attribuire alla figlia nata dalla R. uno stato diverso da quello che, secondo la previsione legale, le competerebbe (ciò, invero, dovrebbe formare oggetto di un'azione di stato), ma soltanto di rettificare un atto compilato non correttamente, così da renderlo corrispondente alla situazione reale prodotta dalla medesima previsione legale (L. n. 40 del 2004, art. 8), alla stregua della quale l'atto stesso doveva essere formato.

7.11. Ne consegue la erroneità tanto dell'affermazione della Corte di appello di Ancona secondo cui il rifiuto dell'ufficiale di stato civile di iscrivere nell'atto di nascita di cui si discute la paternità della bambina sulla base delle dichiarazioni della sola madre era stato "legittimo sia perché non è consentita al medesimo una indagine sulla rilevanza probatoria della documentazione relativa alla procreazione medicalmente assistita allegata alla richiesta di formazione dell'atto di nascita (come riprodotta nel presente procedimento dalla ricorrente-reclamante) sia perché, nel silenzio del legislatore con riferimento



allo specifico caso della fecondazione post mortem (di cui si discute), trovano applicazione le regole generali del codice civile (artt. 231 e 232 c.c.) che escludono l'operatività della presunzione oltre trecento giorni dalla cessazione del vincolo (situazione verificatasi nel caso in esame in cui G.A. è deceduto il 29.9.2015 e la bambina è nata il 14.2.2017) e precludono la iscrizione della paternità sulla base delle sole dichiarazioni della madre...”; quanto dell'aver omesso, la medesima corte, di verificare, alla stregua della documentazione sottoposta anche al suo esame, la possibilità di rettificare un atto dello stato civile non corretto, così da renderlo corrispondente alla situazione reale prodotta dalla medesima previsione legale alla stregua della quale l'atto stesso doveva essere formato.

7.11.1. Posto, infatti, che, come si è già chiarito nei p. 5.3.2. e 5.3.3., il giudice investito della dedotta illegittimità del rifiuto di rettifica di un atto di nascita – il cui procedimento si configura non come giudizio di costituzione diretta di uno status filiationis bensì di verifica della corrispondenza alla verità di una richiesta attestazione – dispone di una cognizione piena sull'accertamento della corrispondenza di quanto richiesto dal genitore in relazione alla completezza dell'atto di nascita del figlio con la realtà generativa e di discendenza genetica e biologica, potendo, così, a questo limitato fine, attivare tutte le risorse istruttorie fornitegli dalla parte, la corte d'origine, proprio perché investita esclusivamente della corrispondenza alla verità del complesso di elementi fattuali documentati dalla parte reclamante, non aveva limitazioni per decidere, accogliendo, o meno, l'istanza di rettifica di quest'ultima a seconda della adeguatezza, o non, della documentazione dalla stessa allegata a dimostrare la coerenza del percorso ivi descritto.

8. Pertanto, respintone il primo motivo, il ricorso proposto dalla R., in proprio e quale esercente la potestà genitoriale sulla figlia minore L., va accolto in relazione agli ulteriori secondo, terzo e quarto motivo, con rinvio, anche per il regolamento delle spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Ancona, in diversa composizione, la quale riesaminerà la controversia alla stregua dei seguenti principi di diritto:

a) “Le dichiarazioni rese all'ufficiale dello stato civile, se dirette, esclusivamente, a dare pubblica notizia di eventi, quali la nascita o la morte, rilevanti per l'ordinamento dello stato civile per il solo fatto di essersi verificati, impongono al menzionato ufficiale di riceverle e formarne nei suoi registri processo verbale per atto pubblico, senza che gli spetti di stabilire la compatibilità, o meno, di detti eventi con l'ordinamento italiano e se, per questo, abbiano rilevanza e siano produttivi di diritti e doveri. Diversamente, qualora, tali dichiarazioni siano, di per se stesse, produttive di effetti giuridici riguardo allo



status della persona cui si riferiscono, l'ufficiale dovrà rifiutare di riceverle ove le ritenga in contrasto con l'ordinamento e con l'ordine pubblico”;

b) “Il procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile, disciplinato dal D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 96, è ammissibile ogni qualvolta sia diretto ad eliminare una difformità tra la situazione di fatto, quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo le previsioni di legge, e come risulta dall'atto dello stato civile per un vizio, comunque o da chiunque originato, nel procedimento di formazione di esso. In tale procedimento, l'autorità giudiziaria dispone di una cognizione piena sull'accertamento della corrispondenza di quanto richiesto dal genitore in relazione alla completezza dell'atto di nascita del figlio con la realtà generativa e di discendenza genetica e biologica di quest'ultimo, potendo, così, a tale limitato fine, avvalersi di tutte le risorse istruttorie fornitele dalla parte”;

c) “La L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 8, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa post mortem avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre”.

... *Omissis* ...

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, accogliendone il secondo, il terzo ed il quarto. Cassa il decreto impugnato e rinvia alla Corte di appello di Ancona, in diversa composizione, per il relativo nuovo esame alla stregua dei principi tutti dettati in motivazione, e per la regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

Dispone, per l'ipotesi di diffusione del presente provvedimento, l'omissione delle generalità e degli altri dati identificativi a norma del D. Lgs. n. 196 del 2003, art. 52.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Prima sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 15 marzo 2019.

Depositato in Cancelleria il 15 maggio 2019.



ANGELA PAGLIARO

Dottore in Giurisprudenza – Università di Messina

L'ACCERTAMENTO DELLO *STATUS* DEL FIGLIO PROCREATO *POST MORTEM*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La (presunta) illiceità dell'inseminazione artificiale post mortem nell'ordinamento italiano. – 3. La rettifica dell'atto di nascita. – 4. Le modalità di accertamento dello status filiationis. – 5. La problematica attribuzione dello status filiationis al nato da P.M.A. post mortem. – 6. Segue. – 7. Conclusioni.

1. – La pronuncia della Suprema Corte scaturisce dal ricorso *ex art.* 95 d.P.R. n. 396 del 2000 proposto da una donna al Tribunale di Ancona, al fine di opporsi al rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile alla formazione dell'atto di nascita con l'indicazione della paternità, quindi del cognome paterno, richiesta dalla ricorrente. Quest'ultima evidenziava che sua figlia era nata in Italia, due anni dopo la morte del marito, a seguito di impianto, presso una struttura spagnola, del seme crioconservato di quest'ultimo, il quale, in vita, consapevole di essere affetto da una grave malattia, aveva prestato il consenso all'utilizzazione del suo materiale genetico anche successivamente alla sua morte, e chiedeva, allegando la documentazione relativa alla procreazione medicalmente assistita ed al consenso ad essa prestato dal marito, l'indicazione nell'atto di nascita della paternità del defunto.

Il predetto ricorso veniva respinto tanto in primo grado dal Tribunale di Ancona, quanto dalla Corte d'Appello, giudicando, in entrambe le sedi, assolutamente corretto l'operato dell'Ufficiale di Stato Civile, ritenendo quest'ultimo non competente ad effettuare un'indagine di merito circa la rilevanza probatoria dei documenti presentati dalla ricorrente, essendo tale attività valutativa e di accertamento dello *status* esulante dai suoi compiti istituzionali, ma tenuto alla formazione dell'atto di nascita in applicazione esclusiva delle norme previste in materia dal codice civile.

Contro tale decisione, la madre ricorreva per Cassazione, in proprio e quale esercente la responsabilità genitoriale sulla figlia minore, affidandosi alla violazione e falsa appli-



cazione, tra gli altri, degli artt. 29 e 30 d.P.R. 396/2000, 8 e 12 legge n. 40/2004, 232 c.c., nonché delle norme costituzionali e comunitarie poste a tutela della famiglia e dei diritti del nato¹, per avere la Corte d'Appello di Ancona ritenuto non solo corretto l'operato dell'Ufficiale di Stato civile, ma soprattutto per aver negato al caso di specie l'applicabilità della disciplina prevista all'art. 8 legge n. 40/2004 in materia di riconoscimento dello *status* del figlio nato da tecniche di procreazione medicalmente assistita ed aver altresì ritenuto comunque tutelati i diritti della minore sia mediante l'atto di nascita, formato con l'indicazione della sola maternità, sia tramite gli altri strumenti processuali forniti dall'ordinamento per far successivamente constatare la paternità del defunto.

2. – La legge n. 40/2004 si interessa complessivamente alle tecniche di assistenza medica (*rectius*: procreazione) finalizzate alla realizzazione del progetto procreativo, in assenza di *chances* naturali. Il ricorso alla procreazione è previsto dalla normativa (art. 1, comma 2) come soluzione ultima alla quale approdare esclusivamente in assenza di metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità e prevede, a tal fine, il necessario accertamento medico circa l'impossibilità di rimuovere le cause impeditive della procreazione. Con particolare riferimento alla procreazione *post mortem*, il legislatore non ha previsto un espresso divieto in tal senso. L'unico riferimento normativo in materia si riscontra all'interno dell'art. 5, il quale delinea i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di p.m.a., prevedendo che possono accedervi le “*coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambe viventi*”². L'illiceità della tecnica procreativa di cui trattasi può dirsi, dunque, “presunta”, in

¹ Per la rassegna delle singole doglianze Cfr. Cass. civ., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000 con nota di DILETTA GIUNCHEDI, *La procreazione assistita post mortem tra responsabilità procreativa e favor stabilitatis*, in *Fam. dir.*, n. 1/2020, pp. 27-39.

² La *ratio* sottesa alla formulazione della suddetta disposizione, sembrerebbe ravvisarsi nella tutela del modello biparentale di famiglia e dell'interesse del minore a crescere e svilupparsi in un nucleo familiare in cui sia garantita la compresenza di entrambi i genitori, il cui fondamento costituzionale si ritroverebbe negli artt. 29 e 30 Cost. Tuttavia, si consenta, a tal proposito, il richiamo a dottrina e a giurisprudenza costituzionale, al fine di sottolineare che il principio della famiglia biparentale genericamente inteso troverebbe un fondamento esclusivamente sociologico, essendo comunemente radicata nella coscienza sociale l'idea che il minore possa crescere in maniera più adeguata grazie all'apporto di entrambi i genitori, e che lo stesso non godrebbe di alcuna copertura costituzionale, come confermato dalla stessa Consulta in materia di adozione (Corte Cost., 16 maggio 1994, n. 183, in *Giur. it.*, 1995, I, c. 540). L'art. 30 Cost. “*tutela il diritto dei figli ad essere educati, mantenuti, istruiti dai propri genitori in qualsiasi contesto familiare e in presenza di qualsiasi status filiationis, invece un modello di famiglia fondata sul matrimonio [...] trova riconoscimento*



quanto è esclusivamente da tale ultimo requisito che si ricava un implicito divieto di fecondazione *post mortem*, la cui formulazione è stata, senza dubbio, eccessivamente semplicistica, a fronte del quale, al contrario, derivano problematiche di non facile risoluzione per l'interprete³.

In assenza di una chiara presa di posizione del legislatore, nodo centrale del dibattito in materia è la determinazione del momento temporale in cui i membri della coppia devono essere "entrambi viventi". Difatti, nel caso di fecondazione *post mortem*, la nascita è il completamento di un percorso medico, intrapreso dai coniugi, che consta di diversi momenti, quali la manifestazione del consenso a procedere alle tecniche procreative, il prelievo del materiale genetico del *partner* maschile, l'inseminazione nell'utero della donna⁴ ovvero la formazione dell'embrione *in vitro* e il suo successivo impianto in utero⁵.

La dottrina tradizionale ha rilevato che il requisito della presenza in vita deve attenersi tutti i summenzionati momenti; deve, cioè, riscontrarsi per l'intera durata del ciclo terapeutico, fino all'attecchimento dell'embrione nell'utero materno. Conseguenze che vengono tradizionalmente ricomprese nel divieto di fecondazione *post mortem* tre ipotesi, differenziate sulla base del momento temporale in cui si verifica la morte del *partner* di sesso

nell'art. 29 Cost. il (cui) contesto, peraltro, riguarda diritti e doveri fra coniugi." (NATALE, *I Diritti del soggetto procreato post mortem*, in *Fam., Pers. Succ.*, n. 6/2009, cit., p. 523). A favore della tesi sul fondamento di natura esclusivamente sociologica della famiglia biparentale si veda, per tutti, DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*, in *Fam. dir.*, n. 1/1999, p. 56.

³ "Il semplice fatto che la legge n. 40 abbia vietato la fecondazione *post mortem* non può, però, considerarsi esaustivo dei dubbi che la fattispecie comporta. A ciò si aggiunga che le Linee guida del 2004 (non modificate, in questo punto, da quelle del 2008) sono intervenute a complicare ulteriormente la questione, visto che, in qualche misura, potrebbero essere interpretate nel senso di riconsentire la pratica, laddove, nella parte dedicata alla crioconservazione di gameti ed embrioni, affermano che «la donna ha sempre il diritto di ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati». Per dare un senso alla proposizione si dovrebbe intendere che l'unico presupposto per ottenere il trasferimento fosse l'esistenza di un embrione crioconservato. Ma che succede se l'embrione in effetti vi è, ma il coniuge o il compagno è deceduto? L'unica cosa che oggi si può ritenere certa è, alla luce della literalità dell'art.5, non si potranno più produrre embrioni con il seme di un uomo defunto": VILLANI, *La procreazione assistita*, in *Tratt. dir. fam.*, II, a cura di COLLURA-ZATTI, Milano, 2012, cit. p. 663.

⁴ Trattasi della tecnica IUI (*Intra-Uterine Insemination*), consistente nell'introduzione del seme maschile nella cavità uterina, per favorire in tempi più rapidi l'incontro dei gameti all'interno del corpo femminile. Ulteriore tecnica procreativa che prevede il prelievo dei gameti maschili e successivo impianto nel corpo femminile è la GIFT (*Gamete Intra Fallopian Transfer*) in cui vengono inseriti nelle tube (e non in utero) entrambi i gameti, tanto maschili quanto femminili, affinché la fecondazione avvenga *in vivo* al momento del loro naturale incontro.

⁵ Ci si riferisce alla tecnica FIVET (*Fecondazione In Vitro Embryo Transfer*) che consiste nella fecondazione *in vitro* grazie all'unione dei gameti femminili con quelli maschili e nel successivo impianto dell'embrione nel corpo della donna.



maschile, e cioè a) il prelievo del materiale genetico dal soggetto già defunto; b) l'inseminazione artificiale della donna *in vivo* con seme prelevato dal *partner* prima del suo decesso e successivamente crioconservato; c) l'impianto nell'utero della donna dell'embrione già formato *in vitro* quando entrambi i membri della coppia erano viventi ed avevano espresso congiuntamente il proprio consenso alle tecniche procreative⁶.

L'unico dato normativo in materia contenuto nella legge n. 40/2004 attiene al profilo sanzionatorio e va notato che la fecondazione *post mortem* è sanzionata esclusivamente a livello amministrativo e non anche a livello penale, stante il disposto di cui all'art. 12, il cui secondo comma stabilisce che “*chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi [...] è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro*”. Occorre poi rilevare che è la stessa legge, all'art. 14, a vietare la soppressione dell'embrione⁷, tutelando in tal modo il diritto della donna “*ad ottenere sempre il trasferimento dell'embrione*”, diritto affermato dalle Linee Guida. Sulla base di tali assunti normativi, nonché tenendo a mente il diritto alla genitorialità ed il diritto alla vita, come sopra tutelato, tra le tre ipotesi *supra* considerate, potrebbe considerarsi pienamente lecita la pratica di impianto, nell'utero della donna, di un embrione già formato quando entrambi i membri della coppia erano viventi e consenzienti alla suddetta pratica e quindi nel caso in cui la morte dell'uomo intervenga in un momento successivo alla formazione dell'embrione⁸.

⁶ Cfr., sul punto, STANZIONE, SCIANCALEPORE, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001; CARINGELLA, Giovagnoli, *Studi di diritto civile, I, Famiglia e Successioni*, Milano, 2007, p. 498 ss.; NATALE, *op. cit.*, p. 529.

⁷ Cfr., sul punto, CATULLO, *Diritto penale della famiglia*, Padova, 2012, p. 208.

⁸ Difatti, “[...] *l'intervento medico consta, tecnicamente, di vari momenti, non coincidenti nel tempo, con la possibilità che un soggetto venga a mancare, dopo aver prestato il consenso scritto ma prima dell'inizio delle pratiche o dopo (o durante) uno dei vari momenti dell'intervento medico. In tali ipotesi sembra doversi distinguere quella in cui il decesso avviene a pratiche mediche iniziate ma a non ancora avvenuta formazione dell'embrione da quella in cui il decesso intervenga ad embrione già formato. Nella prima ipotesi, la procedura dovrà essere interrotta, rendendo inutile ogni trattamento già effettuato sulla donna sino a tale momento. Nella seconda eventualità, il sopraggiunto decesso dell'uomo [...] nel periodo compreso tra la formazione dell'embrione e il trasferimento in utero, potrebbe creare qualche problema interpretativo, posto il contrasto tra l'art. 5 e 12 della legge n.40 (che vietano di accedere e di applicare le tecniche di PMA a coppie in cui i componenti non siano entrambi viventi), e l'art. 14 che impedisce la crioconservazione o la soppressione degli embrioni già formati. A fronte dell'apparente contraddizione, le ipotesi che si possono astrattamente prospettare sono due: se si ritiene prevalente il principio secondo cui la PMA è possibile solo se entrambi i soggetti che la richiedono siano viventi, si deve ritenere che la morte di uno di essi imponga l'interruzione delle procedure; se, al contrario, la vita dell'embrione deve essere salvaguardata e non si può ritenere lecito né crioconservato né sopprimerlo, si deve ritenere che la morte di*



3. – Nel caso oggetto della pronuncia della Suprema Corte non si discute peraltro della liceità o illiceità della tecnica di cui trattasi, bensì della richiesta di rettifica dell'atto di nascita da parte dell'Ufficiale di Stato Civile, sulla base delle dichiarazioni rese dalla ricorrente, comprovanti la paternità biologica del defunto. A tal proposito il riferimento normativo che viene in rilievo è l'art. 95 D.P.R. 3 novembre 2000, il quale prevede che *“chi intende promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile [...] o intende opporsi a un rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere in tutto o in parte una dichiarazione, o di eseguire una trascrizione, una annotazione o altro adempimento, deve proporre ricorso al tribunale nel cui circondario si trova l'ufficio dello stato civile presso il quale è registrato l'atto di cui si tratta o presso il quale si chiede che sia eseguito l'adempimento”*. L'azione di rettificazione, pertanto, viene proposta al fine di ottenere esatta corrispondenza tra la realtà del fatto e la sua riproduzione nell'atto di cui si chiede la rettifica.

È senza dubbio corretto affermare che l'oggetto del giudizio *“non sia stabilire se A.G. sia il padre biologico della bambina”*. Che il defunto sia padre biologico della bambina è un dato di fatto incontrovertibile. L'oggetto del giudizio di merito è (*rectius*: avrebbe dovuto essere) stabilire se il defunto possa essere anche padre “giuridico” della bambina, alla luce del legame biologico certo tra i due e del diritto all'identità personale della minore, ma evidentemente i giudici di merito, soffermandosi esclusivamente, tanto in primo grado, quanto in Appello, sul ruolo e sulle competenze istituzionali dell'ufficiale di stato civile, sembrano tralasciare tale problematica, ritenendo non si tratti della sede opportuna di indagine, in quanto sarebbe necessario promuovere un apposito giudizio avente ad oggetto lo *status* di figlio e, con gli altri strumenti processuali previsti dall'ordinamento, *“attivarsi per far constatare la paternità della bambina e ottenere l'attribuzione del cognome paterno”*.

Non può tuttavia ignorarsi che l'art. 96 D.P.R. n. 396/2000 sancisce che il tribunale, adito ai sensi e per le finalità del predetto art. 95, provvede alla decisione in camera di consiglio, con decreto motivato, dopo aver assunto informazioni, acquisito documenti e disposto l'audizione dell'Ufficiale dello Stato Civile, senza particolari formalità. Non sembra, alla luce di ciò, essere proprio quella la sede in cui i giudici avrebbero potuto va-

un richiedente non possa interrompere le metodiche, le quali potranno essere portate a compimento. È opinione di chi scrive che tra le due possibili alternative indicate debba accordarsi preferenza alla seconda. Nel bilanciamento degli interessi che la legge n. 40 impone, infatti, si deve ritenere che l'esigenza di tutela del concepito debba prevalere su quella di un rigoroso rispetto dell'esistenza dei presupposti richiesti per praticare la PMA.”: VILLANI, op. cit., p. 664 ss.



lutare le dichiarazioni circa la paternità biologica rese dalla ricorrente e soffermarsi, più che sull'operato dell'Ufficiale di Stato Civile, sicuramente non contestabile alla luce dell'attuale quadro normativo, sul complesso problema dell'attribuzione dello *status* di figlio al soggetto procreato *post mortem*?

La risposta a tale interrogativo, fornita dalla stessa Corte, non può che essere positiva. Il giudice di merito, si sottolinea, investito della illegittimità del rifiuto di rettifica dell'atto di nascita, ha cognizione piena e deve provvedere all'accertamento della corrispondenza tra quanto richiesto dalla donna e quanto riportato all'interno dell'atto di nascita, prediligendo la realtà generativa e la discendenza genetica quale linee guida dell'indagine suddetta. Non può, altresì, non tenersi conto del fatto che la proposizione successiva di un'azione di stato, *ex art. 269 c.c.*, quale strumento giuridico di tutela suggerito tanto dal Tribunale, quanto dalla Corte d'Appello, da essi ritenuto idoneo alla tutela degli interessi del nato, avrebbe in realtà una funzione meramente ricognitiva di uno *status filiationis* già riconosciuto dalla legge sulla procreazione (il riferimento è all'art. 8, di cui in seguito), per cui intentare tale azione sarebbe inutilmente ed ingiustamente gravoso per il ricorrente.

Come ricorda la Suprema Corte, la finalità del procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile è infatti proprio quella di eliminare ogni ipotesi di difformità fra la realtà effettiva, alla stregua della normativa vigente, e quella riprodotta negli atti stessi, indipendentemente dalla ragione di tale difformità e dal soggetto che l'abbia causata. E la difformità con la realtà dei fatti è più che palese nel caso oggetto di indagine. Le problematiche sorgono in relazione alla realtà non in quanto tale, essendo innegabile il legame biologico tra la bambina ed il defunto, bensì “*alla stregua della normativa vigente*”, una normativa carente e arretrata rispetto alla realtà fattuale.

4. – Lo *status* di figlio, in senso sostanziale, delinea l'insieme dei diritti e dei doveri⁹ derivanti dal rapporto di filiazione con ciascuno dei propri genitori. In senso formale esso non si acquista automaticamente per effetto della nascita, ma necessita di accertamento secondo le norme predisposte dal legislatore¹⁰. Difatti il rapporto di filiazione “*non è*

⁹ Il riferimento è all'art. 315 *bis*, attraverso cui il legislatore ha inteso sottolineare che nel rapporto genitori figli i diritti e i doveri non devono essere unilaterali, ma reciproci. Cfr., sul punto, BELLELLI, *I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione*, in *Dir. fam.*, fasc. 2, 2013.

¹⁰ L'obbligo, per ciascuno stato aderente all'Unione Europea, di predisporre i mezzi necessari per l'accertamento del legame genitori-figlio è affermato dalla Corte di Strasburgo e deriva dall'interpretazione



lo status, ma, si potrebbe dire, lo presuppone, e lo status, a sua volta, presuppone l'accertamento della filiazione, senza il quale, infatti, non conosceremmo di quale compagine familiare faccia parte il figlio"¹¹.

Sebbene sotto il profilo sostanziale, grazie al d.lgs. n. 154/2013, sia stata eliminata la distinzione tra figli legittimi e figli naturali, sotto il profilo dell'accertamento tale distinzione, purtroppo, perdura e la presenza del vincolo matrimoniale costituisce tutt'oggi un discrimine¹².

estensiva che la stessa ha fornito dell'art. 8 CEDU il quale, imponendo il rispetto della vita privata e familiare, viene considerato fonte di tutela di qualsiasi rapporto familiare, indipendentemente dal fatto che lo stesso sia fondato o meno sul matrimonio. Si confronti, sul punto, CAMPIGLIO, *L'accertamento dello stato di figlio: criteri sovranazionali e norme italiane*, in *Fam. dir.*, 3/2016: l'Autrice osserva che la Corte Europea ha fornito un'interpretazione evolutiva della nozione di vita privata e familiare, spingendosi a prediligere il dato sociale, addirittura in deroga al diritto nazionale. A tal proposito, l'A. richiama e ricorda una serie di casi in cui la Corte ha imposto l'obbligo in capo agli stati di riconoscere gli *status* conseguiti all'estero, anche se in deroga all'ordinamento nazionale; è ciò che è avvenuto nei casi *Wagner e J.M.L. c. Lussemburgo* (Cedu 28 giugno 2007, n. 76240/01) e *Menesson c. Francia* (Cedu 26 giugno 2014, n. 65192/11) in occasione del quale i giudici della Consulta hanno imposto agli Stati aderenti alla Convenzione il riconoscimento dello *status* di figlio acquisito all'estero e derivante, nel primo caso, dall'adozione avvenuta in Perù da parte di persona singola e, nel secondo caso, da maternità surrogata commissionata negli Stati Uniti da parte di una coppia francese. A livello normativo, stante l'attuale assenza di un "diritto della famiglia europeo", il legislatore comunitario è intervenuto per lo più mediante raccomandazioni (si pensi alla Convenzione di Bruxelles del 12 settembre 1962 sullo stabilimento della filiazione materna sui figli naturali e la Convenzione di Strasburgo del 15 ottobre 1975 sulla filiazione naturale). Tuttavia, le esigenze di armonizzazione in materia fanno auspicare ancora oggi la creazione di tale branca normativa in ambito europeo. Per tutti, cfr. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa in Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, Giuffrè, 2007, il quale evidenzia che "dopo la persona, la famiglia è l'altra grande urgente sfida per l'Europa. In un tempo di relazioni fattesi sempre più liquide, nel quale il concetto stesso di famiglia, più che in crisi di identità, sembra essersi dissolto e volatilizzato, la creazione anche in questa materia di un sistema di regole e principi uniformi è più che una necessità: è un dovere. Ogni astensionismo sarebbe imperdonabile".

¹¹ BONILINI, *Lo status o gli status di filiazione?* in *Fam. pers. succ.*, 8-9/2006, cit., p. 686.

¹² Nel caso in cui il figlio sia nato da coppia coniugata, l'accertamento del suo *status* è automatico e, sul presupposto dell'unicità della relazione tra i coniugi e del rispetto dell'obbligo di fedeltà reciproca, vige la presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c. secondo cui: "il marito è il padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio". È considerato tale colui che, ex art. 232 c.c., sia nato qualora non siano ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, fatta salva l'ipotesi di separazione legale tra i coniugi. Pertanto, nel caso di nascita derivante dall'unione di coppia coniugata, l'Ufficiale di stato civile, su semplice dichiarazione dell'evento nascita ad opera di uno dei genitori, stante l'operatività delle suddette presunzioni di paternità e di concepimento, forma l'atto di nascita mediante indicazione tanto delle generalità della madre, quanto di quelle del marito (padre presunto), con conseguente attribuzione del cognome paterno.

Diverse le modalità di accertamento dello *status filiationis* previste in caso di nascita da coppia non coniugata. In tale ipotesi, mancando l'elemento del vincolo matrimoniale, non operano le presunzioni di paternità e di concepimento di cui *supra*, che si giustificano proprio in ragione dell'obbligo di fedeltà coniugale di cui all'art. 143 c.c., con la conseguenza che l'acquisizione dello *status* di figlio e la conseguente formazione dell'atto di nascita ad opera dell'Ufficiale di Stato Civile, con indicazione delle generalità tanto



La legge sulla procreazione medicalmente assistita prevede apposite modalità di accertamento dello *status* di figlio qualora egli sia nato tramite il ricorso alle tecniche in essa disciplinate.

Il riferimento è all'art. 8, legge n. 40/2004, in cui permane la differenziazione, già presente nelle norme codicistiche, fondata sulla presenza o meno del vincolo matrimoniale. Nel caso in cui il minore nasca da coppia coniugata, esso si considera figlio "*nato nel matrimonio*". Tale inciso normativo comporta l'applicazione delle regole generali di cui agli artt. 231 ss. codice civile e le presunzioni di paternità e concepimento *ivi* previste. Viceversa, nel caso in cui il minore nasca da coppia non coniugata, la medesima disposizione prevede che egli si considera figlio "*ricosciuto*" di coloro che hanno espresso "*la volontà di ricorrere alle tecniche medesime, ai sensi dell'art. 6*"¹³. Facendo esclusivo riferimento alla lettera della norma, nel caso in cui a ricorrere alle tecniche siano soggetti non coniugati, essa sembrerebbe di per sé attributiva dello *status filiationis* al nato da p.m.a. *post mortem*, alla condizione che, tuttavia, prima della morte, anche il padre biologico abbia espresso, nei modi di legge ed insieme alla sua *partner*, il consenso al ricorso alle tecniche procreative.

5. – Il problema dell'attribuzione dello *status* al nato da procreazione *post mortem* deriva proprio dalla previsione circa la presunzione di concepimento di cui all'art. 232 c.c.

della madre quanto del padre, dipendono esclusivamente da un atto volontario di riconoscimento da parte di entrambi i genitori, da effettuarsi nelle forme di cui all'art. 254 c.c. e cioè o nell'atto di nascita o, se fatto posteriormente alla nascita o al concepimento, con apposita dichiarazione innanzi all'Ufficiale di stato civile o tramite atto pubblico o testamento di qualsiasi forma. Solo in tal modo potrà sussistere piena corrispondenza tra il fatto riprodotto nell'atto dello stato civile, consistente nella nascita del figlio fuori dal matrimonio e nel suo riconoscimento da parte di uno o entrambi i genitori) e la situazione reale, altrimenti l'atto dello stato civile, che attribuisca al figlio il cognome paterno in assenza di apposita dichiarazione del genitore, sarebbe difforme dalla situazione quale è secondo la previsione del codice civile.

¹³ Al fine di adeguare il consenso informato all'evoluzione delle tecniche procreative susseguitesesi nel tempo, il legislatore è recentemente intervenuto con il Decreto 28 dicembre 2016, n. 265, in *G.U.* 17 febbraio 2017, n. 40, intitolato "*Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in attuazione dell'articolo 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40*". Il testo normativo in questione ha definito, in modo analitico, gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato, i quali concernono non soltanto le implicazioni medico-scientifiche e le conseguenze del ricorso alla tecnica prescelta, ma anche i profili giuridici della stessa e la relativa disciplina. Per ciò che qui interessa, il consenso deve essere manifestato con apposita dichiarazione sottoscritta e datata da entrambi i richiedenti, congiuntamente al medico della struttura autorizzata a provvedere alla tecnica procreativa prescelta, in duplice copia di cui una verrà consegnata ai richiedenti, l'altra verrà conservata presso la stessa struttura. A tal fine il decreto ha, inoltre, provveduto ad allegare il modello di dichiarazione di consenso informato per indicare la tecnica di procreazione medicalmente assistita proposta ai sensi della legge 19 febbraio 2004, n. 40.

JUS CIVILE



Nulla quaestio se la nascita, sebbene successiva alla morte del padre biologico, avvenga comunque nel rispetto del termine di trecento giorni, in quanto in tale ipotesi l'accertamento dello *status* sarà "automatico" e l'Ufficiale di Stato Civile formerà l'atto di nascita con indicazione delle generalità del defunto e la conseguente attribuzione del cognome paterno, indipendentemente dal fatto che la nascita derivi dal ricorso ad una tecnica palesemente vietata dall'ordinamento giuridico. In tal caso, dunque, l'illiceità della tecnica procreativa non può in alcun modo pregiudicare l'acquisizione dello *status filiationis* da parte del nato.

La situazione è ben diversa nel caso in cui la nascita avvenga oltre il termine di trecento giorni previsto dall'art. 232 c.c.: in tal caso la presunzione di paternità non potrà, in alcun modo, operare. Alla luce dell'attuale disciplina, la formazione dell'atto di nascita da parte dell'Ufficiale di Stato Civile potrebbe avvenire esclusivamente a seguito dell'atto di riconoscimento, nelle forme sopra delineate, da parte di entrambi i genitori. Come risolvere l'*empasse* giuridico al fine di riconoscere la paternità al defunto (padre biologico) e attribuire il cognome paterno al nato da tecniche di p.m.a. *post mortem*, data l'ovvia impossibilità di procedere ad un atto di riconoscimento?

Punto di partenza necessario per rispondere a tale interrogativo è l'analisi dei rapporti circa la disciplina di accertamento dello *status* prevista dal codice civile e quella di cui alla legge n. 40/2004. Tale rapporto può essere inteso in termini di alternatività, nel senso che la disciplina di cui all'art. 8 legge n. 40/2004 sia sostitutiva di quella civilistica di cui agli art. 231 ss. c.c. e, dunque, di esclusiva applicazione, ovvero in termini di contestualità, nel senso che tale disciplina si inserisce comunque nel sistema di attribuzione dello *status* delineato dal codice civile. Conseguente che, in tal caso, l'applicazione delle norme in esso contenute sarà sempre e comunque necessaria, il che implica, altresì, il rispetto dei requisiti ivi richiesti al fine di formare l'atto di nascita con indicazione di entrambi i genitori.

L'adesione all'una o all'altra soluzione comporta diverse conseguenze in relazione all'attribuzione dello *status filiationis* e alla formazione dell'atto di nascita. Qualora si aderisca alla prima soluzione, lo *status* di figlio verrebbe attribuito *ex lege* ed indipendentemente dalla sussistenza o meno del vincolo matrimoniale. Difatti, saranno genitori coloro che hanno manifestato il proprio consenso alla tecnica procreativa, nelle forme di cui all'art. 6 legge n. 40/2004; consenso che, pertanto, produrrebbe effetti non soltanto in relazione alla realizzazione delle tecniche procreative, ma altresì estesi all'attribuzione della paternità e della maternità. In tale ipotesi, il consenso del defunto padre biologico alla realizzazione della fecondazione *post mortem*, espresso per iscritto prima della mor-



te, sarebbe sufficiente affinché gli venga riconosciuta la paternità, con conseguente indicazione, da parte dell'Ufficiale di Stato Civile, all'interno dell'atto di nascita, delle sue generalità ed attribuzione del proprio cognome al nato. Il fatto che l'attribuzione dello *status* possa avvenire nonostante la nascita derivi dal ricorso ad una tecnica vietata dall'art. 5 legge n. 40/2004 (ma – si sottolinea – sanzionata esclusivamente a livello amministrativo, ex art. 12 della medesima legge) non costituirebbe di certo un ostacolo, né una novità, in quanto è lo stesso legislatore ad aver già previsto, in passato, l'applicazione dell'art. 8 legge n. 40/2004 a fattispecie da essa un tempo vietate¹⁴.

Qualora si aderisca alla seconda soluzione, sebbene l'art. 8 legge n. 40/2004 preveda che i figli nati a seguito di p.m.a. si considerano “*nati nel matrimonio*” o “*riconosciuti*”, a seconda che esista o meno il vincolo coniugale tra coloro che hanno ricorso alle tecniche, lo *status filiationis* non sarebbe attribuibile al nato a seguito di p.m.a. *post mortem* oltre il termine di trecento giorni di cui all'art. 232 c.c. A tal fine, la dottrina si divide ulteriormente tra chi ritiene che l'unica possibilità, per il figlio, di vedersi riconosciuta la paternità del defunto-padre biologico sarebbe quella di presentare domanda ai fini della

¹⁴ Ci si riferisce all'applicazione di tale disciplina alle ipotesi di nascita da fecondazione eterologa. Per una sintesi delle diverse soluzioni applicative al caso di specie si veda CHECCHINI, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Cedam, 2008, la quale sottolinea che: “[...] atteso che la disposizione di cui all'art. 8 ha valenza generale, anche il nato da p.m.a. di tipo eterologo, benché in violazione di legge [...] consegue lo status di figlio legittimo o di figlio riconosciuto dalla coppia in forza dell'art. 8. A favore di tale interpretazione si porrebbe l'esigenza preminente di tutelare la posizione del nascituro incolpevole, attuata attraverso il superamento dell'interpretazione del dato letterale [...]”. Nota, inoltre, MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, 2006, cit. p. 275, che: “la giurisprudenza aveva raggiunto soluzioni convincenti sui problemi che queste (le tecniche vietate) comportavano, in ordine al divieto di disconoscimento della paternità qualora il marito, che invocava l'estraneità fisica della vicenda procreativa, avesse consentito alla moglie di accedere alle tecniche di procreazione di tipo eterologo. Il contrasto, che si era posto in dottrina e in giurisprudenza, riguardava la rilevanza giuridica del consenso all'inseminazione eterologa in relazione all'esperimento dell'azione di disconoscimento della paternità ex art. 235 c.c., fondata sul dato certo della mancata discendenza genetica del genitore prima consenziente”. Sostiene fermamente la necessità di superare il dato normativo di cui agli artt. 231 e ss. NATALE, *infra*, nota 4, p. 531, secondo cui sarebbe inadeguato risolvere i problemi dello *status* facendo riferimento alla disciplina codicistica sulla filiazione. Si tratta di norme “tradizionali”, formulate dal legislatore senza l'intento di provvedere alla loro applicazione al di fuori dei casi di filiazione naturale. L'A. ritiene che al nato da fecondazione *post mortem* dovrebbe attribuirsi lo status di figlio indipendentemente dal rispetto delle stesse e attraverso l'esclusiva applicazione dell'art. 8 della legge n. 40/2004. Anch'egli rileva che ciò sarebbe possibile in quanto la medesima norma, già in passato, ha trovato pur sempre applicazione ai fini della risoluzione dei problemi relativi allo *status filiationis* di figli nati con tecniche vietate dalla legge (ci si riferisce alla fecondazione eterologa). La soluzione proposta dall'A. si fonda sull'assunto in virtù del quale l'applicazione degli artt. 232 ss. c.c. porterebbe a risultati non univoci, in quanto “verrebbe attribuito uno status diverso a seconda del tempo del concepimento” (la diversità a cui l'A. si riferisce, a seguito della riforma della filiazione, va oggi riferita esclusivamente al profilo formale di attribuzione dello *status* e non anche a quello sostanziale, essendo previsto attualmente il c.d. “stato unico” di figlio).



dichiarazione giudiziale e chi, preferibilmente, ritiene che la soluzione più idonea sia l'applicazione dell'art. 234 c.c., il quale permette di provare che il figlio sia stato generato durante il matrimonio anche qualora sia nato oltre il termine di trecento giorni richiesto dalla legge per l'operatività della presunzione di paternità. Più specificamente, nel caso oggetto di analisi, tale prova sarebbe fornita allorquando la madre dimostri che la formazione dell'embrione sia stata precedente alla morte del *partner* e sia avvenuta anche su consenso di quest'ultimo. Tale impostazione è sostenuta fermamente da coloro i quali ritengono irrilevante la distinzione tra embrione e concepito, sulla considerazione che può parlarsi di concepimento ogni qual volta vi sia un'unione di gameti, maschili e femminili, anche semplicemente *in vitro* e indipendentemente dall'attecchimento dell'embrione nell'utero materno¹⁵. In tal modo, la formazione dell'embrione *in vitro* prima

¹⁵ Senza pretese di esaustività, non essendo questa la sede opportuna, si ricorda l'annoso dibattito dottrinario circa la problematica distinzione, dal punto di vista giuridico, tra embrione e feto, ritenuta, da alcuni, irrilevante ai fini della tutela dei diritti. Ci si riferisce a PALMERINI, *La sorte degli embrioni in vitro: in assenza di regole, il ricorso ai principi* (nota a Trib. Palermo, 8 gennaio 1999), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, la quale sottolinea che: "la tutela che è accordata per legge al prodotto del concepimento è infatti indifferenziata, e non permette di postulare una gradazione del livello di protezione della vita prenatale modulata sul grado di sviluppo dell'embrione prima e del feto poi. La stessa articolazione in periodi assunta dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza a fondamento di una disciplina diversificata si giustifica in ragione del fatto che l'avanzamento della gravidanza è stato giudicato dal legislatore come uno dei fattori incidenti sul bilanciamento di interessi che fonda la liceità, a determinate condizioni, dell'aborto. Ma di per sé non può essere riproposto laddove non si riproduca lo stesso conflitto tra interessi contrapposti regolamentato nella legge medesima". Per un'analisi approfondita sul problema, si rimanda inoltre a FLAMIGNI, *Il pre-embrione e la fecondazione in vitro*, in *Le Scienze, Quaderni*, 1996, n. 88, 59; ZATTI, *La prospettiva del biologo (Lo statuto biologico dell'embrione)*, in *Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana (Atti del Convegno di Verona 2-3-4 e 25.10.1986)*, 1987, 180, e BOMPIANI, *Fecondazione assistita e statuto dell'embrione. I primi sette giorni*, in *Fecondazione assistita: una proposta di legge da discutere (Atti di un incontro di studi, Pisa, 30.1-1.2.1997)* a cura di BUSNELLI-GENAZZANI-RIPEPE, Roma, 1998, 19). Sottolinea la necessità di un intervento legislativo in materia di statuto giuridico dell'embrione CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, in *Fam. dir.*, n. 4, 1999, p. 386 ss, il quale effettua un interessante *excursus* dei diversi progetti di legge susseguitisi fino al 1999. Tra questi: Disegno di legge n. 1043 presentato alla Camera dei Deputati il 27 luglio 1994 su iniziativa dei deputati Chiaromonte ed altri, riprodotto nel testo della proposta di Saia e Nardini n. 2931 del 20 luglio 1995 e presentato anche al Senato il 21 aprile 1994 dai sen. Salvato ed altri; il disegno di legge n. 1124 presentato alla Camera dei Deputati il 3 agosto 1994 da Melandri ed altri; la proposta di legge n. 2671 di Poli Bortone ed altri del 14 giugno 1995 simile alla n. 1673 del 9 maggio 1995 dei sen. Pedrizzi ed altri. Cfr., altresì, sul punto, OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499 ss.; ID., *Scienza, diritto e vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 19 ss.; ID., *Declino del soggetto e ascesa della persona*, ibidem, 830; ID., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Atti Convegno Lincei*, cit., 15 ss; e, da ultimo, ID., *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 259 ss.; ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 463 ss.; BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533 ss.; PAPANTI PELLETTIER, *Il problema della qualificazione soggettiva del concepito*, in *Procreazione assistita. Problemi e prospettive* (Volume di raccolta degli atti del Con-



della morte del *partner*, purché la donna non sia passata a nuove nozze, sarebbe elemento idoneo a provarne la paternità, *ex art. 234 c.c.* ¹⁶.

L'adesione a tale tesi potrebbe altresì essere risolutiva anche sotto il profilo dei diritti successori del nato. Difatti l'art. 462 c.c. precisa che sono capaci di succedere coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione e che si presumono tali solo coloro che sono nati entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta. Nella fattispecie oggetto di analisi, la nascita è avvenuta dopo il termine di cui sopra e successivamente alla data di apertura della successione, tale per cui unica so-

vegno di studi svoltosi a Roma presso l'Accademia dei Lincei il 31 maggio 2005, da adesso: Atti Convegno Lincei), Brindisi, 2005, 229 ss.

¹⁶ Favorevoli a tale soluzione BALDINI, *Ricognizione dei profili problematici in tema di fecondazione assistita post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 1995; BIANCA, *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche e tutela dell'essere umano*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto* a cura di FERRANDO, 1989; CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*, in *Fam. dir.*, 4, 1999: "A rigore, applicando le presunzioni dettate per la disciplina della filiazione legittima (carattere che permane oggi solo ai fini dell'attribuzione dello status) sarebbe possibile dare la prova, prevista dall'art. 234 comma 1 c.c., che il figlio è stato generato durante il matrimonio"; DOGLIOTTI, *infra*, nota 108: "Se il figlio nasce successivamente (ai trecento giorni) potrebbe fornirsi un'interpretazione estensiva dell'art. 234 c.c.: i coniugi o i loro eredi possono dimostrare che il figlio è concepito nel matrimonio, ciò che forse equivarrebbe a dire che la vedova può provare che il figlio è nato dal seme del marito (anche se obiettivamente non si parlerebbe di concepimento nel matrimonio). Tutto ciò evidentemente purché la moglie non passi a nuove nozze, nel qual caso una fecondazione con il seme del marito defunto avrebbe effetti analoghi a quelli di una congiunzione carnale con l'ex coniuge o qualsiasi terzo rispetto al marito."; ID, *Inseminazione artificiale. Problemi e prospettive*, in *Giur. it.*, 1985, IV; FORTUNATO, *Profili giuridici dell'inseminazione artificiale*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1990; PALMERINI, *op. cit.*: "La preferenza [...] si giustifica allorché si consideri che l'attribuzione dello status di legittimità, oltre a poggiare su una base testuale suscettibile di essere sottoposta ad interpretazione evolutiva, consente di rimanere coerenti ai principi assunto dal legislatore a fondamento della disciplina della filiazione, quali il principio di verità, da un lato, e il tradizionale favor legitimitatis, dall'altro, i quali stavolta si orientano, a differenza delle altre ipotesi, verso la medesima soluzione. Né la circostanza che la gravidanza sia iniziata dopo il decesso del marito si risolve in una forzata attribuzione della paternità nei suoi confronti, poiché la formazione degli embrioni è avvenuta con il concorso della sua volontà. Se è vero che il consenso non ha potuto essere riprodotto al momento dell'impianto degli embrioni, non può tralasciarsi di sottolineare il rilievo che assume l'iniziale manifestazione di volontà favorevole alla formazione degli embrioni stessi, il cui carattere impegnativo è maggiormente apprezzabile rispetto alla donazione del seme destinato alla fecondazione di una donna determinata.". Dubbi sull'attribuzione dello status in questione si riscontrano nella dottrina più risalente, in particolare in OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. Dir. civ.*, 2005, 1, p.105, secondo il quale: "chi decede dopo la formazione dell'embrione è da equiparare a chi decede dopo il concepimento"; VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, nel *Trattato Vassalli*, III, 2, Torino, 1987, p.324, il quale sostiene che, nel caso in cui l'embrione formato in precedenza venga trasferito dopo la morte dell'uomo, "si ha un'autofecondazione della donna, non un concepimento". Contrari a tale interpretazione dell'art. 234 c.c. COMPORTI, *Ingegneria genetica e diritto. Profili costituzionalistici e civilistici*, in *Manipolazioni genetiche e diritto* (Atti del XXXV Convegno di studio dell'UGCI, Roma, 7-9.12.1984), in *Quaderni di Iustitia*, n.34, Milano, 1986; LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993.



luzione sarebbe quella di provare che la formazione dell'embrione *in vitro* sia avvenuta in data precedente alla morte del *de cuius* – padre biologico. Tali considerazioni concernono ovviamente la sola successione legittima, essendo nella piena libertà del testatore istituire eredi anche soggetti non ancora concepiti alla data di apertura della successione, nel rispetto di quanto previsto dallo stesso art. 462, c.3. c.c. in forza del quale posso ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti.

6. – In materia va ricordata la contraria posizione della Corte di Cassazione¹⁷, ancorata alla nozione di concepimento nella sua tradizionale accezione, ossia identificata nel momento in cui l'ovulo fecondato attecchisce nell'utero materno, la quale ritiene che l'adesione alla teoria innovativa in merito all'applicazione dell'art. 234 c.c. comporterebbe una disparità di trattamento immotivata in relazione alla situazione giuridica del nato a seconda del tipo di procreazione medicalmente assistita eseguita ed a seconda del momento di formazione dell'embrione (prima o dopo la morte del partner).

Le posizioni dottrinali già segnalate, rispecchiate altresì nella scarsa giurisprudenza di merito¹⁸, appaiono tutt'oggi inconciliabili, il che non deve meravigliare, in considerazione della complessa necessità di bilanciare la certezza e la stabilità dello *status filiationis* e la sua corrispondenza a verità.

Certo è che figlio, oggi, non è più colui che nasce esclusivamente da un atto naturale di concepimento, ma colui che viene al mondo anche attraverso le più moderne tecniche di fecondazione, lecite o illecite che siano per il nostro ordinamento. Non si può non te-

¹⁷ Cass. civ., Sez. I, 15 maggio 2019, n. 13000, p. 28: la tesi che ritiene irrilevante la distinzione tra embrione e concepito “*oltre a fondarsi su una interpretazione del concepimento sensibilmente distante rispetto alla sua accezione tradizionale, che lo identifica con il momento nel quale l'ovulo fecondato attecchisce nell'utero materno, finisce con il distinguere immotivatamente la situazione giuridica del nato a seconda del tipo di tecnica di procreazione medicalmente assistita che sia stata eseguita, essendo possibile congelare e conservare a lungo non solo l'embrione ma anche il liquido seminale e potendosi, pertanto, ipotizzare che la stessa fecondazione avvenga solo dopo la morte del marito*”.

¹⁸ Ci si riferisce a Trib. Messina, Sez. I, decreto civ. 3 novembre 2015, n. 21899, primo in Italia sul tema di cui trattasi, il quale, considerando quale *leit motiv* dell'innovativa pronuncia i diritti del nato, ha aderito alla tesi dell'esclusiva applicazione dell'art. 8 legge n. 40/2004 e al conseguente “*acquisto legale dello status di figlio riconosciuto*” di coloro i quali hanno espresso il consenso alle tecniche procreative, ordinando la rettifica dell'atto di nascita da parte dell'Ufficiale di stato civile, ed alla pronuncia di primo grado ad opera del Trib. Ancona, sez. I, decreto civ. 19 luglio 2017, n. 3301, dal cui rigetto della domanda, tanto in tal sede quanto in appello, è scaturito il ricorso in Cassazione di cui oggi si tratta, il quale, in modo diametralmente opposto, ha aderito alla tesi dell'esclusiva applicazione dell'art. 232 c.c.



nera conto della mutata realtà familiare e genitoriale e rimanere ancorati al dato normativo il cui sostrato è rappresentato dalla famiglia “tradizionale”, “fondata sul matrimonio” e “bigenitoriale”, in quanto ciò significherebbe non tutelare il diritto all’identità personale e all’infanzia del nato¹⁹. In base agli art. 2 e 30 Cost. il nato ha infatti diritto non solo di crescere nella propria famiglia, ma anche di avere certezza circa la sua provenienza biologica²⁰.

Si è sottolineato, in sede di merito²¹, che la finalità di “coerenza al sistema normativo” renderebbe impossibile l’interpretazione dell’art. 8 legge n. 40/2004 come “*acquisto legale dello status di figlio naturale riconosciuto ex lege*”, perché ciò confliggerebbe con la *ratio* della summenzionata legge e con il divieto (presunto) di procreazione *post mortem* di cui all’art. 5 in essa contenuto. Non può tuttavia dimenticarsi che la reale finalità della legge, espressa all’art. 1, è quella di “*tutelare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*” e che proprio lo stesso legislatore, in modo totalmente incoerente rispetto al dato normativo della legge in questione, ha previsto da un lato, l’esplicito divieto di ricorrere alla fecondazione eterologa e, dall’altro, l’applicazione necessaria dell’art. 8 al fine di tutelare lo *status* del nato.

Alla luce di ciò, l’art. 8 della legge n. 40 non deve ritenersi applicabile alle sole fattispecie di procreazione lecita, ma anche all’ipotesi di procreazione *post mortem* illecita che, tra l’altro, integra un caso di fecondazione omologa in cui è sicuro il legame geni-

¹⁹ Il vero fondamento dello *status* di figlio si ritrova, oggi, non più nel matrimonio, ma nella generazione. In tal senso, FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 10/2015, la quale sottolinea che l’introduzione dello *status* unico di figlio dimostra che il baricentro della famiglia si è spostato in due diverse direzioni: sulla generazione, in quanto il matrimonio ha perso il potere di conferire legittimità ai rapporti parentali, essendo la generazione a far sì che il figlio entri a far parte della famiglia del genitore, e sulla filiazione, in quanto vi può essere una famiglia in assenza di matrimonio e la nascita di figli da diverse relazioni sentimentali determina la coesistenza di nuclei familiari eterogenei, che prescindono dal vincolo matrimoniale. Come è stato autorevolmente osservato, la famiglia è “*a geometria variabile*” e si è assistito, nel tempo, alla transizione dalla “*famiglia fondata sul patrimonio*”, a quella “*fondata sul matrimonio*”, a quella “*non fondata sul matrimonio*” e, da ultimo, alla “*famiglia non convenzionale*” (Ci si riferisce a MAZZÙ, *La nuova famiglia: dalla struttura alla funzione*, in www.comprazioneidiritto civile.it; ID., *La famiglia degli affetti*, in *Il diritto civile all’alba del terzo millennio*, Torino, 2011); SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, in *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014. A tal proposito, osserva SCALISI, in *Le stagioni della famiglia*, che: “*La famiglia ha vissuto almeno tre grandi stagioni: la stagione dei codici, caratterizzata dall’esclusività del modello matrimonialistico, struttura patriarcale e disparità di posizioni soggettive; la stagione costituzionale, caratterizzata da una famiglia ordinata sulla parità e la solidarietà in funzione esplicativa della persona e la stagione attuale che vede riflettersi sulla famiglia il processo di integrazione giuridica europea*”.

²⁰ Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946 in www.questionegiustizia.it.

²¹ Trib. Ancona, n. 3301/2017, in nota 18.



co che consentirebbe l'instaurazione del rapporto di filiazione. A sostegno di tale soluzione non può non sottolinearsi che, con riferimento esclusivo al dato normativo, l'art. 8 in questione non contiene alcun richiamo agli artt. 4 e 5, con i quali si definiscono i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche procreative e ciò dimostrerebbe la preminenza della tutela degli interessi del nascituro rispetto alla garanzia di liceità delle tecniche accessibili nel nostro ordinamento.

Il dato normativo, in realtà, può definirsi “*sostanzialmente neutro*”, non esistendo, all'interno del codice civile, alcuna norma da cui si deduca che, nella procreazione medicalmente assistita, i principi generali previsti dal codice civile in materia di attribuzione dello *status* debbano essere di esclusiva applicazione. Inoltre, controbattendo a chi ritiene, al contrario, che tale soluzione sarebbe desumibile dalle disposizioni di cui all'art. 9, commi 2 e 3, legge n. 40/2004, i quali prevedono l'impossibilità di anonimato della madre e l'impossibilità di qualsiasi relazione giuridica tra donatore e figlio nel caso di fecondazione eterologa, deve rilevarsi che tali disposizioni, più che “*presupporre l'operatività dei principi generali*”, siano proprio testimonianza delle profonde differenze tra procreazione naturale e procreazione medicalmente assistita. Se, difatti, nel primo caso, potrebbe giustificarsi la volontà della madre biologica di rimanere anonima, nel secondo caso ciò sarebbe inammissibile e illogico, in quanto lo stesso consenso alle tecniche procreative e la volontà di ricorrervi addirittura all'estero e in violazione dei divieti previsti dall'ordinamento, manifesterebbero, di per sé, non solo il semplice desiderio di genitorialità, ma anche e soprattutto una “*responsabilità*” in senso giuridico²², nei confronti di quel figlio desiderato a qualunque costo. Alla luce di tali considerazioni, nonché tenendo a mente le esigenze di “*tutela del diritto della persona umana alla propria identità, la quale, come sottolineato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, comprende l'identi-*

²² Ossia della c.d. “*responsabilità genitoriale*” introdotta, in un primo momento, a livello europeo (reg. n. 2201/2003) in materia di procedimenti di separazione e divorzio e, successivamente, in Italia mediante il d.lgs. n. 154/2013, attuativo della legge di riforma della filiazione (legge n. 219/2012). Sotto il profilo terminologico, con il termine responsabilità (sostitutivo del precedente “*potestà*”) genitoriale si indica una “*situazione giuridica complessa idonea a riassumere i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione che viene a sostituire il tradizionale concetto di potestà*” (BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, V ed., Milano, 2014, cit., p. 343). Questa modifica terminologica sta, dunque, ad indicare che il rapporto genitori – figli deve essere considerato avendo riguardo al punto di vista esclusivo del figlio, il che implica che i genitori devono tenere un comportamento responsabile nella fase prenatale, durante la vita familiare e anche durante un'eventuale crisi coniugale. Nel caso di figlio nato fuori dal matrimonio, la responsabilità genitoriale incombe sui genitori che hanno effettuato il riconoscimento, a differenza del passato, in cui si prevedeva che la potestà genitoriale spettasse esclusivamente al genitore convivente. Cfr, sul punto, AL MUDEREN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 5, 2014.



ficazione del proprio status di figlio di determinati genitori”, nel caso in cui il defunto abbia espresso il proprio consenso alle tecniche procreative, nel rispetto delle forme di cui all’art. 6, e ciò sia dimostrato dalla madre in sede di dichiarazione dell’evento nascita all’Ufficiale di stato civile, quest’ultimo non potrebbe esimersi dalla formazione dell’atto di nascita con indicazione delle generalità di entrambi i genitori e con attribuzione del cognome paterno.

Opina dunque la Suprema Corte che, nell’ipotesi sopra prospettata, il nato deve avere come padre colui che ha espresso il consenso *ex art. 6* sopra citato, senza mai revocarlo, dovendosi in tale momento individuare la scelta consapevole della genitorialità. Inoltre, nell’ottica del preminente diritto all’identità personale del nato, anche qualora il consenso prestato non rispetti tutti i requisiti ivi prescritti, ma la procreazione comunque avvenga, deve ritenersi sufficiente il consenso anche solo mediante atti concludenti, come si desume dal disposto dell’art. 9 della legge n. 40/2004.

Il principio chiarificatore enucleato dalla Corte è, dunque, che *“l’art. 8 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante lo status giuridico del nato a seguito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita è riferibile anche all’ipotesi di fecondazione omologa post mortem avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all’accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell’art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la sua successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell’embrione avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all’utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre il termine di trecento giorni dalla morte del padre”*.

7. – Come dimostrato dalla diversità di soluzioni prospettate tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la mancanza di posizioni legislative chiare ed oggettive ha, fino all’intervento innovativo della Corte di Cassazione, comportato l’impossibilità di risolvere in maniera univoca il problema dell’attribuzione dello *status* del nato a seguito di tecniche di procreazione assistita *post mortem* e possibili disparità di trattamento tra figli nati dalla stessa tecnica procreativa, a seconda della tesi a cui il giudice investito della questione ha deciso di aderire nella risoluzione del caso concreto. Si è finito, dunque, per attribuire ai giudici un potere di normazione di fatto che dovrebbe spettare al legislatore ogni qual volta i mutamenti della realtà sociale impongano prepotentemente la necessità di bilanciare interessi tradizionali e interessi nuovi. Se tali mutamenti si ravvisano, come



analizzato, nella famiglia, formazione sociale per eccellenza e nucleo fondante il nostro ordinamento, non pare possibile rimanere ancorati ad un dato normativo il cui sostrato è rappresentato dalla famiglia tradizionale, come dimostra oggi l'applicazione concreta della normativa di cui agli artt. 231 ss. c.c. a fattispecie di nascita "non convenzionali".

Oltretutto, se in caso di filiazione naturalmente intesa il mancato rispetto del termine di trecento giorni, per considerare il figlio "*nato nel matrimonio*", legittimerebbe il sorgere di ovvi dubbi sul legame biologico tra nato e marito (*rectius: partner*) della donna, potendosi ovviamente ipotizzare una relazione extraconiugale della stessa, ciò non sarebbe mai discutibile in caso di filiazione derivante da procreazione *post mortem*.

Perché rinunciare al *favor filiationis* esclusivamente per il mancato rispetto della prescrizione temporale di cui all'art. 232 c.c., manifestamente di superflua applicazione al caso di specie, quando è proprio il *favor filiationis* ad essere elemento fondante l'intera disciplina normativa, spesso anche a discapito della verità biologica? Perché negare lo *status filiationis* nell'unico caso in cui "*non è mai ipotizzabile un contrasto tra favor veritatis e favor minoris*"?

Il minore verrebbe privato, per la seconda volta, della possibilità di avere un padre.

In tale ottica, qualora non voglia ammettersi la liceità della fecondazione *post mortem*, seppur limitatamente al solo caso di impianto di embrione già formato quando entrambi i membri della coppia erano viventi e consenzienti a tale pratica²³, rimane un dovere del legislatore disciplinare la fattispecie vietata sotto il profilo esclusivo di attribuzione dello *status filiationis*, attribuendo al consenso di cui all'art. 6 legge n. 40 del 2004 gli effetti di un riconoscimento preventivo al fine della formazione dell'atto di nascita, con indicazione della paternità del defunto ad opera dell'Ufficiale di Stato Civile il cui operato, in relazione al caso analizzato ed allo stato normativo attuale, non può che considerarsi pienamente legittimo. Ciò al duplice fine di evitare disparità di trattamento, basate sul momento temporale della nascita, tra figli nati dalla medesima tecnica procreativa, e di attenuare le conseguenze pregiudizievoli nei confronti del nato, soggetto totalmente incolpevole rispetto alle scelte genitoriali, il cui interesse preminente, al momento della nascita, non può che atteggiarsi quale diritto allo *status* e all'identità personale.

²³ In tal senso si segnala l'innovativa pronuncia del Trib. Lecce, ord. 24 giugno 2019, n. 2190 con nota di Diletta Giunchedi "*L'impianto intrauterino degli embrioni dopo il decesso del marito*", in *www.GiustiziaCivile.com*, fasc. 10 dic. 2019, con cui è stato accolto il ricorso cautelare azionato dalla vedova ricorrente, ordinando il trasferimento intrauterino degli embrioni conservati nel centro medico, ove era avvenuta la fecondazione degli ovuli della donna con il seme proveniente dal marito, nonostante la sopravvenuta morte di quest'ultimo, ritenendosi soddisfatto il requisito della sussistenza in vita della coppia, prescritto dall'art. 5 della legge n. 40/2004, che si riferirebbe, secondo il Tribunale, solo al tempo della formazione dell'embrione e quindi dell'accesso alle tecniche di p.m.a.