



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 susseguitesi 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 geneti-

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.