

***Fecondazione omologa post mortem e status filiationis:
un'importante sentenza della Corte di cassazione***

Eleonora Reggiani

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La sentenza della Corte di cassazione n. 13.000 del 2019. Le questioni di fondo. - 3. Il sindacato giurisdizionale previsto dagli artt. 95 e 96 d.P.R. n. 396 del 2000. - 4. Caratteri e limiti del potere di rifiuto dell'ufficiale dello stato civile. – 5. L'oggetto del giudizio di rettificazione nel caso di specie. – 6. Status filiationis e fecondazione artificiale omologa post mortem. - 7. Conclusioni.

1. La vicenda

Una coppia di coniugi italiani, a causa di alcune difficoltà riscontrate nel concepimento di un figlio, decide di ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito, P.M.A.), esprimendo per iscritto il consenso a tale trattamento.

Nel corso della terapia, il marito apprende di essere gravemente malato. Dovendo procedere all'assunzione di farmaci che compromettono la capacità di generare, reitera il consenso alla fecondazione artificiale e, consapevole della sua imminente fine, autorizza la moglie all'utilizzo *post mortem* del proprio seme crioconservato.

Per realizzare il comune desiderio di procreazione, la moglie, dopo meno di un anno dalla morte del marito, si sottopone, all'estero, a trattamento di fecondazione assistita, dando alla luce, in Italia, una bambina.

Dopo la nascita della figlia, la donna rende la corrispondente dichiarazione all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza, allegando la documentazione a corredo dei fatti appena descritti, ma quest'ultimo rifiuta di indicare nell'atto di nascita la paternità del defunto, morto più di 300 giorni prima della nascita della bambina, escludendo la presunzione di concepimento durante il matrimonio, in applicazione del combinato disposto degli artt. 149 e 232 c.c.

In proprio e in qualità di esercente la responsabilità genitoriale sulla figlia appena nata, la stessa donna propone quindi ricorso ai sensi dell'art. 95 d.P.R. n. 396 del 2000, perché, previa dichiarazione dell'illegittimità del

rifiuto, venga ordinato all'ufficiale dello stato civile di provvedere alla rettifica dell'atto di nascita della minore, indicando la paternità del marito defunto.

Il ricorso viene rigettato dai giudici di merito, ma la Corte di cassazione (Cass., Sez. 1, sentenza n. 13000 del 15 maggio 2019) cassa con rinvio la decisione adottata in sede di reclamo, disponendo il riesame della vertenza alla luce dei principi dettati in motivazione.

2. Le questioni di fondo

Tre sono le questioni di fondo esaminate nella pronuncia di legittimità appena richiamata.

La prima affronta un tema già trattato dalla Corte di cassazione, ma che, nella sentenza in esame, viene approfondito alla luce delle nuove norme sull'ordinamento dello stato civile, introdotte dal d.P.R. n. 396 del 2000. Si tratta della corretta individuazione dell'ambito entro il quale opera il sindacato giurisdizionale nei procedimenti disciplinati dagli artt. 95 e 96 d.P.R. n. 396 del 2000.

La seconda riguarda la delimitazione dei poteri attribuiti all'ufficiale dello stato civile nel ricevere le dichiarazioni a lui rese, con particolare riferimento alle ipotesi in cui rifiuti di formare in tutto o in parte un determinato atto.

La terza, quella di sicuro di maggiore interesse, tratta un argomento tutto nuovo, che attiene all'incidenza delle norme in tema di procreazione medicalmente assistita sulla disciplina relativa all'acquisto dello stato di figlio in capo al soggetto nato a seguito di fecondazione omologa *post mortem*.

Le questioni appena menzionate vengono di seguito illustrate, seguendo lo stesso ordine con cui sono state indicate, tenuto conto che la soluzione dell'una è propedeutica all'altra.

3. Il sindacato giurisdizionale previsto dagli artt. 95 e 96 d.P.R. n. 396 del 2000

Come precisato nella sentenza in esame, il procedimento di rettificazione degli atti dello stato civile, regolato dagli artt. 95 e 96 d.P.R. n. 396 del 2000 (e prima, senza rilevanti differenze, dagli artt. 165 e ss. r.d. n. 1238 del 1939), non è esperibile solo per correggere gli errori materiali in cui è incorso l'ufficiale dello stato civile (v. già Cass., Sez. 1, sentenza n. 4922 del 1978 e Cass., Sez. 1, sentenza n. 7530 del 1986, con riferimento

alla disciplina previgente).

Esso comprende i casi in cui è richiesto di procedere alla rettificazione di un atto dello stato civile, alla ricostruzione di un atto distrutto o smarrito, alla formazione di un atto omesso, oltre che alla cancellazione di un atto indebitamente registrato, ed anche i casi in cui viene fatta opposizione al rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di ricevere una dichiarazione, di eseguire una trascrizione o un'annotazione o un qualsiasi altro adempimento di sua spettanza.

L'ambito operativo di tale categoria di giudizi non si estende tuttavia fino a comprendere le controversie di stato (cfr. Cass., Sez. 1, sentenza n. 2776 del 1996), perché la funzione svolta, riconducibile a tutte le ipotesi sopra indicate, è quella di ripristinare la corrispondenza tra la situazione di fatto - quale è o dovrebbe essere nella realtà secondo la previsione della legge - e la sua riproduzione nell'atto dello stato civile, senza che assumano rilievo le cause che hanno causato la discordanza (v. anche Cass., Sez. 1, sentenza n. 21094 del 2009).

Il giudice che deve statuire sulla legittimità del rifiuto di registrare le dichiarazioni, rese ai fini della formazione di un atto dello stato civile, è dunque chiamato ad accertare la corrispondenza tra quanto richiesto e la realtà dei fatti così come risultano in base alla legge.

In particolare, se, come nella specie, deve valutare il rifiuto di attribuire al neonato il cognome paterno nella formazione dell'atto di nascita, il giudice è investito dell'accertamento in ordine alla corrispondenza di quanto richiesto alla realtà dei fatti, riferita alle condizioni generative e di discendenza (genetica e biologica), che l'ordinamento ritiene rilevanti.

A questo fine, egli può avvalersi di tutte le risorse istruttorie fornitegli, come pure si ricava dal disposto dell'art. 96 d.P.R. n. 396 del 2000, che consente al giudice, senza particolari formalità, di assumere informazioni, acquisire documenti e disporre l'audizione dell'ufficiale dello stato civile, dovendo comunque, prima di decidere, sentire sempre il Procuratore della Repubblica e gli interessati e richiedere, se del caso, il parere al giudice tutelare.

4. Caratteri e limiti del potere di rifiuto dell'ufficiale dello stato civile

La Corte di cassazione ha chiaramente affermato che, in alcuni casi, l'ufficiale dello stato civile ha il potere di valutare e sindacare le

dichiarazioni a lui rese, ai fini della formazione degli atti di sua competenza, potendo conseguentemente rifiutarsi di riportarle, in tutto o in parte, negli atti da lui redatti.

In particolare, la Corte ha rilevato che alcune dichiarazioni che si rendono all'ufficiale dello stato civile hanno la funzione esclusiva di dare pubblica notizia ad eventi, come la nascita e la morte, che assumono rilievo nell'ordinamento dello stato civile per il solo fatto di essersi verificati.

Da tali eventi, come documentati nei registri dello stato civile, possono derivare diritti e doveri per effetto di norme particolari, che sono tuttavia estranee alla disciplina propria degli atti dello stato civile (ad esempio il diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato del soggetto di cui è dichiarata la nascita).

In queste ipotesi, ha spiegato la S.C., grava sull'ufficiale dello stato civile l'obbligo di ricevere quanto riferito dal dichiarante e di formare il processo verbale nei suoi registri, senza che a lui competa stabilire se gli eventi riportati possano essere compatibili con l'ordinamento italiano e se per questo abbiano rilevanza e siano produttivi di diritti e di doveri. Spetta infatti al giudice pronunciarsi su queste ultime questioni, ove su di esse sorga controversia.

Diversamente, altre dichiarazioni, pure rese dinanzi al medesimo ufficiale, non si limitano a fornire la notizia di eventi che si sono verificati, ma sono, di per sé stesse, produttive di effetti giuridici riguardo allo *status* della persona a cui si riferiscono, come accade per le dichiarazioni di riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio o per quelle relative alla cittadinanza italiana.

In questi casi, proprio per la immediatezza degli effetti derivanti da tali dichiarazioni, l'ufficiale deve rifiutare di riceverle, ove le ritenga in contrasto con l'ordinamento giuridico vigente o con l'ordine pubblico interno, come consentito dall'art. 7 d.P.R. n. 396 del 2000.

Sulla scorta di tali premesse, e con riferimento al caso di specie, la Corte ha così affermato che, quando la ricorrente ha dichiarato all'ufficiale dello stato civile la nascita della figlia, richiedendo che, nella redazione del corrispondente atto, fosse indicata la paternità del defunto marito (con attribuzione alla bambina del cognome di quest'ultimo), per le ragioni sopra descritte, la medesima ha reso due diverse dichiarazioni: una riguardante l'evento nascita e l'altra afferente alla paternità della neonata.

Secondo la S.C., nel redigere l'atto di nascita, l'ufficiale dello stato civile non poteva obiettare nulla solo con riferimento alla dichiarazione di nascita, perché, con riferimento all'attribuzione della paternità, che ingenera essa stessa effetti giuridici sullo stato giuridico della persona nata, il medesimo ufficiale poteva, ed anzi doveva, rifiutare di riceverla, ove l'avesse ritenuta contraria all'ordinamento giuridico vigente.

5. L'oggetto del giudizio di rettificazione nel caso di specie

Una volta accertato, in via generale e astratta, il potere dell'ufficiale dello stato civile di rifiutare l'indicazione della paternità della bambina, nel formare l'atto di nascita, il giudice di legittimità ha dovuto verificare se, nella specie, il rifiuto opposto dall'ufficiale di anagrafe abbia determinato o meno una discrasia tra la realtà e la riproduzione che di essa è stata fatta nell'atto dello stato civile.

Tale verifica ha assunto un connotato tutto speciale, perché, come già spiegato, la nascita della bambina è avvenuta per effetto di fecondazione artificiale omologa, eseguita dopo la morte del padre, mediante utilizzo del seme criocorservato di quest'ultimo.

Si è trattato quindi di accertare quale sia, in queste ipotesi, la realtà dei fatti secondo il nostro ordinamento e cioè quale sia lo *status filiationis* del soggetto nato a seguito della sopra descritta pratica di fecondazione artificiale.

Nella sentenza è stata peraltro efficacemente (e reiteratamente) evidenziata l'estraneità al giudizio di ogni valutazione inerente alla liceità o meno, in Italia, della fecondazione artificiale omologa *post mortem*.

In particolare, la circostanza che si sia fatto ricorso, all'estero, a tale forma di fecondazione (dai più ritenuta vietata nel nostro ordinamento, in virtù del combinato disposto degli art. 5 e 12 l. n. 40 del 2004, che però sanziona solo i sanitari, che la praticano, e non le persone che ad essa si sottopongono) non esclude, per la S.C., che, nel preminente interesse del soggetto nato, si debba dare applicazione alle disposizioni che riguardano lo stato giuridico di quest'ultimo, come pure affermato dalla 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) ed anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 347 del 1998, ove è stata sottolineata la necessità di distinguere tra la disciplina di accesso alle

tecniche di procreazione medicalmente assistita e la doverosa, e preminente, tutela giuridica del soggetto nato, significativamente collegata alla dignità dello stesso (nel medesimo senso, sia pure con riferimento ad fattispecie diverse, anche Cass., Sez. 1, sentenza n. 19599 del 2016 e Cass., sez. 1, n. 14878 del 2017).

6. Status filiationis e fecondazione artificiale omologa post mortem

Nell'esaminare la questione appena indicata, la Corte di cassazione ha evidenziato che, secondo una prima opinione interpretativa, la disciplina di attribuzione dello *status* nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema del tutto alternativo rispetto a quello codicistico e lo stato di figlio del nato da P.M.A. non deriva dalle regole applicabili alla generazione biologica naturale (diverse a seconda che il figlio sia nato nel matrimonio o fuori di esso), perché detto *status* viene attribuito direttamente dalla legge e in particolare dall'art. 8 della l. n. 40 del 2004, ove è stabilito che i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia (a seconda che si tratti di coniugi o di conviventi) che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6 l. cit.

In questi casi, secondo i sostenitori di tale tesi, il consenso dato dal coniuge o dal convivente alla fecondazione artificiale (non revocato fino al momento della fecondazione dell'ovulo) assume un significato diverso e ulteriore rispetto alla mera prestazione del "consenso informato" al trattamento medico e governa lo *status* del nato, identificandone la maternità e la paternità nella forma più ampia e certa, senza bisogno di ulteriori manifestazioni di volontà.

Secondo un'altra opinione invece, pure richiamata dalla medesima Corte, al nato da P.M.A. si applicano i medesimi principi in tema di filiazione biologica naturale, perché il consenso dato dal coniuge o convivente alla fecondazione artificiale non incide direttamente sull'attribuzione dello *status* del figlio, ma ha solo la funzione di consentire al figlio di identificare il proprio genitore.

Ovviamente, tale diversità di soluzioni produce i suoi effetti sullo *status* del figlio anche nel caso di fecondazione medicalmente assistita *post mortem*.

In proposito, la S.C. ha rilevato che coloro i quali assumono che, anche in caso di procreazione medicalmente assistita, trovano applicazione i principi generali stabiliti nel codice civile in tema di filiazione biologica 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 (art. 232 c.c.), può solo giustificare la proposizione di una domanda di dichiarazione giudiziale di paternità (art. 269 c.c.), essendo privo di effetti il preventivo riconoscimento del marito (effettuato quando è ancora in vita), e chi, invece, ritiene che la suddetta situazione non costituisce un ostacolo all'operatività della presunzione di paternità tutte le volte in cui possa essere provato il concepimento in costanza di matrimonio (art. 234 c.c.). Tale requisito, attraverso una interpretazione estensiva della norma, viene poi ritenuto soddisfatto con la dimostrazione che la fecondazione dell'ovulo (cioè, la creazione dell'embrione) sia avvenuta durante il matrimonio, purché la moglie non sia passata a nuove nozze.

La Corte di cassazione ha subito evidenziato che quest'ultima tesi, 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 dell'ovulo avvenga, come peraltro accaduto nel caso in esame, solo dopo la morte del marito.

La diversa impostazione, secondo la quale, in fattispecie come quella in esame, ai fini della disciplina dello stato giuridico del nato, si può applicare l'art. 8 l. n. 40 del 2004, muove invece dal rilievo che il legislatore non ha limitato espressamente l'applicabilità di tale disposizione alle sole ipotesi di procreazione medicalmente assistita espressamente disciplinata (e lecita) ed ha anzi esplicitamente 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 (cfr. art. 9 l. n. 40 del 2004).

Secondo tale opinione, nel caso in cui si sia proceduto, dopo la morte del marito, e con il consenso di quest'ultimo, alla formazione di embrioni con il seme crioconservato dello stesso e gli ovociti della moglie, impiantati nell'utero di quest'ultima, prevale la tutela legislativa del nato da fecondazione omologa, posto che il sicuro legame genetico consente comunque l'instaurazione del rapporto di filiazione nei confronti di entrambi i genitori genetici.

La Corte ha aderito a tale ricostruzione ed ha applicato la disciplina dell'art. 8 l. n. 40 del 2004 alla fattispecie esaminata, ritenendo del tutto ragionevole la conclusione che il nato a seguito di fecondazione artificiale omologa *post mortem* venga considerato figlio della coppia che ha espresso il consenso alla P.M.A. prima dello scioglimento del vincolo nuziale per effetto del decesso del marito, avendo quest'ultimo anche autorizzato l'utilizzazione, dopo la sua morte, del suo seme crioconservato. Colui che ha espresso il consenso *ex art. 6 della l. cit.*, senza mai revocarlo, è stato ritenuto padre del nato, avendo con tale consenso espresso la consapevole scelta della genitorialità.

La soluzione interpretativa operata dalla S.C. si fonda sulla rilevanza attribuita alla discendenza biologica tra il nato e colui che ha espresso il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, autorizzando anche l'utilizzazione del proprio seme precedentemente prelevato e crioconservato, e prescinde da ogni considerazione del tempo in cui sono avvenuti il concepimento e la nascita.

D'altronde, proprio perché la fecondazione artificiale rende possibile il differimento del momento della nascita, senza per questo incidere sulla certezza della paternità biologica, si rivelano inapplicabili, in materia, quei principi, dettati dal codice civile, basati su un sistema di presunzioni della paternità naturale, tramite i quali si cerca di stabilire quella certezza.

L'interpretazione adottata è stata quella secondo la quale la disciplina di attribuzione dello *status* nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema alternativo, speciale rispetto a quella del codice civile, che non lascia spazio all'applicazione dei meccanismi di prova presuntiva, ivi previsti, riferibili alla generazione biologica naturale.

La Corte di cassazione ha pure tenuto conto che alcuni interpreti hanno

ritenuto che, nella procreazione medicalmente assistita, debbano applicarsi le presunzioni previste dal codice civile in materia di procreazione biologica naturale, in quanto non espressamente derogati dagli artt. 8 e 9 l. n. 40 del 2004, ma gli argomenti utilizzati non sono stati ritenuti persuasivi.

In particolare, i sostenitori di tale tesi hanno affermato che le previsioni contenute nell'art. 9, commi 2 (divieto dell'anonimato materno nella fecondazione medicalmente assistita) e 3 (esclusione di ogni relazione giuridica parentale tra donatore di gameti e nato nella fecondazione artificiale eterologa), l. cit. dimostrano che in esse vi sono deroghe alla ordinaria disciplina comune della filiazione, da ritenersi pertanto in via generale applicabile.

La Corte ha tuttavia rilevato che il divieto di anonimato materno, lungi dal presupporre l'operatività dei principi generali, può essere inteso anche come espressione delle differenze esistenti tra procreazione naturale e procreazione medicalmente assistita, proprio con riferimento alla determinazione dello *status* del nato, fondate sul fatto che il consenso dato alla pratica della procreazione assistita determina una responsabilità riguardo alla filiazione, che esclude la stessa facoltà per la donna di non essere nominata.

D'altronde, ha affermato la stessa Corte, risulta 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 P.M.A. il legislatore abbia riconosciuto anche il riconoscimento del figlio 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 è anche confermato nella fecondazione omologa *post mortem*, con riferimento alla quale non è in alcun caso ipotizzabile un contrasto tra *favor veritatis* e *favor minoris*, coincidendo quest'ultimo con il diritto del minore alla propria identità, e il consenso prestato dai coniugi o conviventi appare elemento qualificante la ai fini dell'accertamento della filiazione, in vista di una effettiva tutela della personalità del minore.

Viceversa, proprio con riguardo alla procreazione medicalmente

assistita *post mortem*, la Corte ha evidenziato che le regole codicistiche non si mostrano adeguate, in quanto, sebbene vi sia la certezza che la fecondazione sia avvenuta dopo la morte del soggetto che ha espresso il consenso, è tuttavia altrettanto sicuro che tra il nato e questo stesso soggetto ricorra quel rapporto di consanguineità che si pone a fondamento del sistema generale della filiazione.

È stata così preferita, di fronte ad un dato testuale sostanzialmente neutro, un'interpretazione della norma in funzione della effettività della tutela del diritto della persona umana alla propria identità, la quale, come sottolineato dalla Corte EDU (nelle già richiamate sentenze “gemelle” *Mennesson 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. Conclusioni

In sintesi, nella pronuncia in esame, la Corte di cassazione ha stabilito che l'art. 8 della l. n. 40 del 2004, recante la disciplina dello *status* giuridico del nato a seguito dell'esecuzione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, si applica anche all'ipotesi di fecondazione omologa *post mortem*, operata mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo aver prestato, congiuntamente alla moglie, il consenso alle tecniche di procreazione medicalmente assistite, abbia autorizzato, prima di morire, l'impiego del proprio seme a tal fine, nonostante la nascita avvenga oltre il termine di 300 giorni di cui all'art. 232 c.c.

A fondamento di tale statuizione vi è l'affermazione secondo la quale la disciplina di attribuzione dello *status* nella procreazione medicalmente assistita configura un sistema del tutto alternativo rispetto a quello codicistico, posto che lo stato di figlio del nato da P.M.A., anche nelle ipotesi non espressamente disciplinate, non deriva dalle regole applicabili alla procreazione biologica naturale, ma viene attribuito direttamente dalla legge (e in particolare dall'art. 8 l. n. 40 del 2004).

Tale affermazione assume grandissimo rilievo, forse maggiore del principio per primo enunciato.