

## SENTENZA

Tribunale sez. IX - Milano, 31/05/2016,

## Intestazione

Trib. Milano, sez. IX civ, ord. 31 maggio 2016 (est. G. Buffone)

## IN FATTO

(omissis), nata a (omissis) il (omissis), e (omissis), nato a (omissis) in data (omissis), instauravano una relazione affettiva, nell'ambito della quale nascevano (omissis) nata il (omissis), e di (omissis), nato il (omissis). I minori nascevano fuori da matrimonio. In pendenza di rapporto affettivo, i conviventi avevano provveduto a rendere apposita dichiarazione anagrafica, al Comune di residenza (Comune di (omissis); v. certificato in atti). In data (omissis) novembre 2015, (omissis) decedeva nel Comune di (omissis) (...). Successivamente, in data (omissis) dicembre 2015, la (omissis) veniva a conoscenza del proprio stato di gravidanza (certificato del (omissis) dicembre 2015); nelle more, come da disposizioni di ultima volontà, il corpo di (omissis) veniva cremato. La (omissis) apprendeva, da parte della ASL di (omissis) (luogo in cui il convivente era stato ricoverato, prima del decesso), della presenza di materiale biologico conservato presso la cennata azienda ospedaliera, idoneo per quantità e qualità a rendere possibile un accertamento del D.N.A. Richiedeva, pertanto, al Tribunale di Milano (luogo di residenza della famiglia), in via di urgenza, con ricorso depositato in data 20 maggio 2016 (trasmesso a questa sezione il 26 maggio 2016), procedersi alla nomina di consulente tecnico d'ufficio per gli opportuni

accertamenti emato-genetici al fine di preservare la prova per il futuro giudizio in cui accertare, la paternità di (omissis) rispetto al neonato partorito da (omissis). Specificava che la domanda era urgente: i campioni di sangue prelevati sul corpo dell'ex convivente, anche se crio-conservati, erano suscettibili di progressivo deterioramento ma, soprattutto, era possibile che il trascorrere del tempo ne rendesse inficiata l'utilizzabilità ai fini dell'accertamento del D.N.A.

## IN DIRITTO

### *[1]. Convivenza di fatto.*

Va premesso che l'esistenza di una convivenza di fatto tra la (omissis) e il (omissis) deve ritenersi in questa sede provata. Il fatto stesso che i conviventi abbiano avuto due figli è sintomo di un *habitat* familiare formatosi al di fuori di un vincolo matrimoniale. La prova si ricava, comunque, anche dal certificato anagrafico in atti che attesta lo stato di famiglia, nel periodo in cui si è realizzata la morte del (omissis). Val la pena di precisare che, comunque, avendo la convivenza una natura "fattuale", e, cioè, traducendosi in una formazione sociale non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo civile formale, la dichiarazione anagrafica è strumento privilegiato di prova e non anche elemento costitutivo e ciò si ricava, oggi, dall'art. 1 comma 36 della Legge 76 del 2016, in materia di "regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze". La definizione normativa che il Legislatore ha introdotto per i conviventi è scevra da ogni riferimento ad adempimenti formali: "si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile". In altri termini, il *convivere* è un "fatto" giuridicamente rilevante da cui discendono effetti giuridici ora oggetto di regolamentazione normativa. Tant'è che la dichiarazione anagrafica è richiesta dalla legge 76 del 2016 «per l'accertamento della stabile convivenza», quanto a dire per la verifica di uno dei requisiti costitutivi ma non anche per appurarne l'effettiva esistenza fattuale. Ai fini dell'odierno procedimento, pertanto, è provato che, al momento del decesso, la (omissis), il (omissis) e i loro figli, costituivano una famiglia non fondata sul matrimonio.

### *[2]. Condizione del nascituro*

(omissis) era già padre di due figli, avuti con la ricorrente; al momento del decesso, sussisteva coabitazione tra i due conviventi. La morte è avvenuta allorché il nucleo familiare era unito, in periodo di soggiorno nella Regione (omissis). Il decesso è avvenuto il (omissis) novembre 2015. In data (omissis) dicembre 2015, la ginecologa dr.ssa (omissis) ha attestato uno stato di gravidanza della (omissis) di sette settimane. Il concepimento, dunque, è certamente anteriore al decesso del (omissis). Entro queste coordinate, deve ritenersi effettivamente molto probabile (in termini di quasi – certezza) che (omissis) fosse il padre del concepito. La (omissis) ha riferito espressamente l'intenzione di agire, dopo la nascita del concepito, per accertare giudizialmente la paternità del (omissis). Come noto, l'accertamento giudiziale della paternità è, oggi, possibile anche a seguito del decesso del presunto padre biologico, giusta la previsione di cui all'art. 276 c.p.c. Il nascituro, pertanto, nel caso di specie, successivamente all'evento della nascita sarebbe legittimato attivo per l'esercizio dell'azione ex art. 269 c.p.c., già a mezzo della rappresentanza della madre, ex art. 273 comma I c.c. Si tratta, però, di un interesse oggi non rappresentato da un soggetto attuale poiché il concepito è l'essere umano nella fase primordiale dello sviluppo biologico e, dunque, non è ancora persona fisica. In tempi recenti, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno, invero, affermato che, tenuto conto del naturale relativismo dei concetti giuridici, alla tutela del nascituro si può pervenire, in conformità con un indirizzo dottrinario, senza postularne la soggettività - che è una tecnica di imputazione di diritti ed obblighi - bensì considerandolo oggetto di tutela (Cass. Civ., Sez. Un., 22 dicembre 2015 n. 25767; orientamento seguito anche da: Corte Cost. 18 febbraio 1975 n. 27; Cass., sez. 3, maggio 2011 n. 9700; Cass. 9 maggio 2000, n. 5881). In altri termini, «si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica ai sensi dell'art. 1 c.c.». Nel caso di specie, devono ritenersi sussistenti i presupposti per riconoscere tutela al concepito: differire la protezione a un momento successivo alla nascita rischierebbe, infatti, di pregiudicare l'esito del giudizio di paternità. Risulta pienamente provato, infatti, che (omissis), dopo la morte, è stato cremato e, pertanto, non sarebbe possibile procedere alla esumazione della salma (art. 83, d.P.R. 285 del 1990; v. Cass. civ., 12549 del 2012), durante il giudizio ex art. 269 c.c., per gli accertamenti in ordine alla paternità biologica. E' al contempo provato (v. certificato dell'Azienda (omissis) di (omissis), del 29 aprile 2016) che presso l'azienda sanitaria della (omissis) sono custodite due provette di sangue che, in previsione di possibili indagini di carattere genetico, "sono state congelate nelle immediatezze del

prelievo". L'Azienda ha comunicato che i reperti sono idonei all'esecuzione di indagini di tipo genetico ma è necessario agire "*con sollecitudine onde evitare di incorrere in alterazioni che possano renderli non più fruibili*" (v. certificato, a firma della dr.ssa (omissis)). L'urgenza non viene meno ove si ammetta che il giudizio di paternità può essere condotto anche a mezzo di prove diverse o beneficiando delle presunzioni: si tratta, infatti, di paragonare una prova certa e principe (l'esame ematologico) a una dimostrazione probatoria indiretta e condizionata dalle variabili del processo (si pensi a una prova testimoniale inammissibile ex art. 244 c.p.c.). Il quadro di elementi in fatto sin qui illustrato mette in risalto la sicura necessità che la risposta giudiziale sia celere, senza alcun ritardo. L'anticipazione della tutela è giustificata dalla sussistenza di un rilevante diritto costituzionale quale è quello relativo alla conservazione dei legami familiari e alla identità personale. La tutela del concepito, nel caso di specie, non incide, in misura negativa su contrastanti situazioni giuridiche soggettive: infatti, per effetto dell'accesso al materiale biologico del defunto (omissis), si concretizza esclusivamente la raccolta, in via preventiva, di una prova indispensabile, fermo restando, nel merito, l'accertamento eventuale e futuro del legame biologico, *sub specie* di dichiarazione giudiziale di paternità. Può, però, allo stato ritenersi che, ove vivo al momento della nascita del figlio oggi nascituro, certamente il (omissis) lo avrebbe riconosciuto, tenuto conto di due figli già riconosciuti come suoi (ed avuti con la ricorrente) e della vitalità e attualità del legame familiare di fatto. Peraltro, nell'attuale contesto ordinamentale, la «tutela della vita nascente» è sempre più avvertita come comune valore civile, pure riconosciuto dal Legislatore (v. art. 1, comma I, l. 40 del 2004) nel bilanciamento con altri valori parimenti protetti (v. CEDU, 26 maggio 2011, in materia di interruzione della gravidanza); va dunque favorita una interpretazione tesa ad estendere, piuttosto che ridurre, gli ambiti di protezione del nascituro, come oggetto di tutela. In virtù dei rilievi sin qui svolti, deve ritenersi ammissibile l'azione cautelare che, come nel caso di specie, sia promossa dalla madre del nascituro, concepito fuori dal matrimonio, dopo la morte del padre per accedere a materiale biologico del medesimo al fine di conservare elementi di prova da spendere nel futuro giudizio di paternità, da instaurare ex art. 269 c.c.; l'azione può in particolare essere promossa dove, come nel caso di specie, il corpo del presunto padre non possa essere oggetto di esumazione, attesa la intervenuta cremazione.

*[3]. Procedimento cautelare*

Tenuto conto della strumentalità dell'odierna cautela, dei contenuti della domanda cautelare, nonché dell'esatto contenuto della futura azione di merito, il ricorso introduttivo va qualificato come istanza ex art. 700 c.p.c., atteso lo stretto nesso tra l'accertamento richiesto e l'interesse da far valere in successivo giudizio; depone in tal senso anche il contenuto atipico della cautela richiesta che esula dal mero accertamento tecnico e comporta, di fatto, una anticipazione di atti provvedimenti, al fine di conseguire il risultato auspicato con la promozione del giudizio ex art. 269 c.p.c. Per i motivi già illustrati sussistono i presupposti per la concessione della cautela *inaudita altera parte*, dovendosi, però, al contempo, già in questa sede, provvedere alla regolare instaurazione del contraddittorio. Il contraddittorio cautelare va costruito guardando a quelle che sarebbero le parti necessarie nel merito. Ebbene, ai sensi dell'art. 276 c.p.c., come riscritto dall'art. 1 legge 10 dicembre 2012 n. 219 e modificato e modificato dall'art. 33 comma I, d.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, «la domanda per la dichiarazione di paternità o di maternità deve essere proposta nei confronti del presunto genitore o, in sua mancanza, nei confronti dei suoi eredi. In loro mancanza, la domanda deve essere proposta nei confronti di un curatore nominato dal giudice davanti al quale il giudizio deve essere promosso». La Suprema Corte di Cassazione ha già avuto modo di rendere chiarimenti interpretativi al riguardo (Cass. Civ., sez. I, sentenza 19 settembre 2014 n. 19790) affermando che, nell'ipotesi, in cui il genitore o i suoi eredi diretti manchino fin dall'instaurazione del giudizio il curatore speciale non può che ritenersi una parte necessaria. La Suprema Corte ha anche valorizzato, in tal caso, la necessità della curatela speciale, in ragione del possibile conflitto di interessi che possa determinarsi. Nel caso in esame, la ricorrente non ha allegato l'identità degli eredi del (omissis) se non quella dei suoi figli: si tratta, però, di minori che dovrebbero essere rappresentati in causa dalla madre, la quale in quel caso verserebbe in conflitto di interessi. Essendo i minori (eredi) parti del processo, in conflitto potenziale di interessi con il loro rappresentante, in loro favore va nominato d'ufficio un curatore speciale, trattandosi di un potere generale del giudice (Corte Cost. n. 83 del 2011). Va precisato che anche l'azienda in possesso delle provette è da ritenere contraddittore necessario posto che il provvedimento investe anche la sfera giuridica soggettiva della stessa. La domanda va pure comunicata all'Ufficio di Procura, ex artt. 71, 70 comma III c.p.c.

[4]. *Provvedimento improcrastinabile*

Tenuto conto del fatto che i campioni biologici contenuti nelle provette custodite dall'azienda sanitaria di (omissis) sono suscettibili di alterazione sino a non essere più utili per un test del DNA va designato immediatamente un Consulente affinché conduca un accertamento teso a verificare se il defunto (omissis) fosse il padre del nascituro; come noto, un accertamento del genere può anche essere condotto basandosi sul DNA fetale in circolazione nel sangue materno; ferma restando ogni scelta tecnica del consulente, inclusa quella di utilizzare campioni di sangue del nascituro o del neonato (la nascita è prossima).

P.Q.M.

*Letti e applicati gli artt. 669-bis e ss c.p.c.,*

*in via di assoluta urgenza e inaudita altera parte,*

**N OMINA** consulente tecnico d'Ufficio il dr. (omissis), iscritto all'Albo dei consulenti tecnici d'Ufficio del Tribunale di Milano, ed esperto in genetica forense al fine di condurre un accertamento emato-genetico per accertare se il nascituro, nel grembo di (omissis), nata a (omissis) il (omissis), sia figlio di (omissis), nato a (omissis) in data (omissis).

**D ISPONE** che l'Azienda (omissis) della (omissis), unità sanitaria locale di (omissis), in persona del legale rappresentante pro-tempore, metta a disposizione del CTU designato le provette di sangue di cui in possesso, al fine di condurre l'accertamento demandato; in via preferenziale, l'accertamento in parola dovrà avvenire nei locali messi a disposizione della .. stessa, evitando così il rischio di dispersione, smarrimento, alterazione dei campioni, in caso di loro trasferimento in altra sede. In caso di costi, l'ASL ne richiederà direttamente il pagamento alla ricorrente, .....

**D ISPONE** che il CTU espleti l'incarico accertando, in via principale, la riconducibilità del materiale biologico al (omissis) e provvedendo ad utilizzare il materiale biologico nella misura strettamente necessaria e, dunque, ove possibile, restituendo la parte di campione in esubero.

**D ISPONE** che il consulente tecnico d'Ufficio depositi l'esito della propria relazione peritale entro la data del 30 giugno 2016, salvo proroghe richieste per la natura dell'accertamento da svolgere.

**L IQUIDA** al consulente tecnico d'Ufficio un acconto per le spese da sostenere, quantificato in complessivi euro 1.500 che pone a carico della parte ricorrente.

*In merito al procedimento,*

**N OMINA** curatore speciale degli eredi di (omissis) – i minori (omissis) - l'Avvocato (omissis) del foro di Milano, esperto in diritto di famiglia e minori, con il compito di costituirsi in giudizio in nome dei minori stessi, con ogni facoltà difensiva e con la precipua facoltà di partecipare ai lavori peritali, nei termini stabiliti per tutte le parti dal CTU. Il curatore potrà costituirsi fino a 5 giorni prima dell'udienza.

**D ISPONE** che parte ricorrente, **entro e non oltre il** (omissis) **giugno**, notifichi l'odierno provvedimento e il ricorso introduttivo del procedimento, alla Azienda (omissis), unità sanitaria locale di (omissis), in persona del legale rappresentante pro-tempore,

**D ISPONE** che parte ricorrente, **entro e non oltre il** (omissis) **giugno**, notifichi l'odierno provvedimento e il ricorso introduttivo del procedimento, agli eredi di (omissis), per i quali la parte ricorrente depositerà nota integrativa indicandone l'identità, allegando quanto meno la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, in difetto di altri elementi di prova;

**A BILITA** le parti resistenti, **entro e non oltre il** (omissis) **giugno**, a depositare memoria difensiva e documenti,

**D ISPONE** che la Cancelleria comunichi l'odierno provvedimento e il ricorso introduttivo, senza indugio, all'Ufficio di Procura, affari civili, per quanto eventualmente di competenza ed eventualmente le Sue conclusioni;

**F ISSA** udienza dinanzi a questo Tribunale in data: **6 luglio 2016, ore 9.00**, disponendo la comparizione personale delle parti, la comparizione del CTU per il giuramento ex art. 193

In quella sede, si raccoglieranno le istanze eventuali delle parti costituite per le eventuali richieste in merito al diritto di difesa, anche con facoltà di procedere a nomina di CTP per i rilievi tecnici.

*L'udienza si terrà presso il Tribunale di Milano, sezione IX civile, uffici giudiziari di (omissis).*

**Ordinanza immediatamente esecutiva**

Si comunichi con urgenza a cura della Cancelleria:

- 1) Al Consulente tecnico d'Ufficio;
- 2) Al curatore speciale designato
- 3) Al Pubblico Ministero, Affari Civili
- 4) Alla parte ricorrente, presso il domicilio eletto

*Milano, lì 31 maggio 2016*