

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI

(1955-1968)

E DA

ALBERTO TRABUCCHI

(1968-1998)

DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI

GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI

ANTONIO GAMBARO NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE

ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO

VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER

PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

REDATTORE CAPO

VITTORIO COLUSSI



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

P A D O V A

GIORDANO FERRI

Dottore di ricerca nell'Università di Roma « La Sapienza »

SULLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONCEPITO NEI CODICI DEGLI STATI ITALIANI PREUNITARI E NELLA STAGIONE DELLA CODIFICAZIONE UNITARIA (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La trasposizione dell'art. 725 del *Code Napoléon* nei codici civili preunitari italiani. — 3. Uno sguardo alla scienza giuridica e alla giurisprudenza dell'ultima fase del diritto comune. — 4. Le voci dissonanti di Bertolotti, Regis e Forti. — 5. La capacità a succedere del concepito nella versione italiana della dottrina tedesca. — 6. Gli orientamenti dottrinali attorno all'art. 724 del Codice civile del 1865. — 7. L'art. 1 del Codice civile del 1942 e la perdurante attribuzione della capacità a succedere in capo al nascituro concepito.

1. — Nell'ambito di un'indagine relativa alla qualificazione giuridica del nascituro concepito, la metabolizzazione della costruzione romanistica nella scienza giuridica francese della prima metà dell'Ottocento, ben dimostrata dalla disposizione normativa contenuta nell'art. 725 del *Code Napoléon* e dalla successiva elaborazione dottrinale, induce ad interrogarsi sulla posizione del legislatore degli Stati italiani successivi e poi di quello unitario — così fortemente ispirati al modello napoleonico di codice — rispetto all'attribuzione della capacità a succedere in favore del concepito, nonché rispetto alla questione, di più ampio respiro ed avvertita dai codificatori, del riconoscimento in capo a quest'ultimo di una vera e propria soggettività giuridica ⁽¹⁾.

Appare, tuttavia, opportuno non arrestarsi al presupposto concettuale che le disposizioni normative dei codici italiani sulla capacità giuridica del concepito siano il frutto di una mera e diretta filiazione dell'iniziativa legislativa napoleonica, ma lasciare aperta l'ipotesi che esse si accompagnino anche

(*) Il presente scritto, avente ad oggetto il problema della qualificazione giuridica del concepito e dei suoi diritti nei codici degli Stati italiani preunitari e dell'Italia unita, costituisce la seconda parte di uno studio sulla qualificazione giuridica e i diritti del nascituro nella stagione dei codici tra Ottocento e Novecento. La parte prima di tale indagine, dal titolo *Sulla capacità giuridica dell'« enfant conçu » nel Code Napoléon* — avente quale sfondo la codificazione francese del 1804 — è pubblicata in *Rivista di diritto romano attuale*, n. 17, 2007.

(1) Art. 725 (Livre III, Titre Premier, *Des Successions*, Chapitre II, *Des Qualités requises pour succéder*) del *Code Napoléon*: « Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder, 1° Celui qui n'est pas encore conçu; 2° L'enfant qui n'est pas né viable; 3° Celui qui est mort civilement », in *Code Napoléon, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les Orateurs du Gouvernement; des rapports faits au Tribunat au nom de la Commission de Législation (...)*, Paris 1811, p. 135.

ad una riflessione autonoma da ascrivere, almeno in prima analisi, alla dottrina e alla giurisprudenza dell'ultima fase del diritto comune, data anche la circostanza che, proprio in materia successoria, il legislatore italiano ha significativamente preso le distanze dalla normativa francese del 1804⁽²⁾ ⁽³⁾.

Inoltre — facendo riferimento a quella linea di continuità che lega la codificazione ottocentesca con quella del 1942⁽⁴⁾ — si affaccia per l'interprete una seconda ed ulteriore prospettiva d'indagine, concernente l'individuazione delle ragioni storiche del coordinamento, nel nostro codice civile, fra la perdurante attribuzione della capacità a succedere in capo al nascituro concepito (art. 462, comma 1°, c.c.) e la perentoria affermazione, nell'art. 1 c.c., che la capacità giuridica si acquista al momento della nascita. Quanto al rapporto fra tali disposizioni si deve, peraltro, premettere che l'elaborazione della dottrina civilistica⁽⁵⁾ e della giurisprudenza

⁽²⁾ Basti pensare che il legislatore italiano riserva un'ampia parte del codice alla disciplina della successione testamentaria mentre il legislatore francese la colloca in una posizione secondaria rispetto a quella della successione legittima, proprio in virtù del fatto che nella tradizione giuridica francese previgente alla compilazione normativa del 1804, così legata al *droit coutumier*, era ammessa solo la successione legittima, e il testamento, forte della tradizione romanistica, veniva utilizzato solo per costituire il legato e non l'erede. Sull'impianto romanistico del sistema successorio nei codici civili italiani dell'Ottocento si veda l'efficace dimostrazione di G. ASTUTI, *Il « Code Napoléon » in Italia e la sua influenza nei codici degli stati italiani successori*, in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti*, a cura di G. DIURNI, Napoli 1984, Vol. II, pp. 757 ss. Più di recente, sulla disciplina delle successioni nella codificazione unitaria, si è espresso in tal senso S. SOLIMANO, *Letto di Procuste. Diritto e politica del Codice civile unitario. I Progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano 2003, pp. 330 ss.

⁽³⁾ Per una più generale riflessione sull'impronta romanistica nell'assetto privatistico della codificazione ottocentesca in Italia sono illuminanti gli studi di Ugo Petronio incentrati sulla struttura e sulla genesi del contratto di compravendita, sul trasferimento della proprietà e sul rapporto sinallagmatico nei modelli normativi italiani (cfr. U. PETRONIO, voce *Risoluzione del contratto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, Milano 1989, Vol. XL, pp. 1293 ss.; *Id.*, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in *Towards a General Law of Contract*, Berlin 1990, pp. 214 ss.; *Id.*, *Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code Civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, *Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990*, a cura di L. VACCA, Milano, Tomo primo, pp. 169 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Dal Code Napoléon al Codice civile del 1942*, in *Il Codice Civile*, Atti dei Convegni Lincei, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei 1994, pp. 43 ss.; N. IRTI, *Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili*, in *Il Codice Civile*, Atti dei Convegni Lincei, cit., pp. 247 ss.; S. SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano dalla Restaurazione all'Unità*, in *Il Bicentenario del Codice Napoleonico*, Atti dei Convegni Lincei, Roma 2006, pp. 55 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa, Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, pp. 605 ss. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma 2007, *passim*.

⁽⁵⁾ Cfr. G. SCALAMANDRÈ, voce *Capacità civile*, in *Il Digesto Italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza (...)* diretta da Luigi Lucchini, Torino, 1927, Vol. VI, Parte prima, pp. 690 ss.; P. RESCIGNO, voce *Capacità giuridica (di-*

(⁶) del secolo scorso ha finito sempre per postulare le ragioni di una prevalenza della seconda rispetto alla prima e per ravvisare, nella posizione del legislatore, non già la volontà di equiparare la situazione giuridica del concepito con quella del nato, ma di ridurre la portata della disposizione di cui all'art. 462, comma 1°, c.c., sul piano di una mera *factio* normativa volta esclusivamente a « congelare » i diritti successori del nascituro e non già a renderli attuali e vigenti fin dal momento del concepimento.

2. — L'influenza dell'iniziativa legislativa francese nella disciplina della capacità giuridica del nascituro concepito contenuta nei codici civili degli Stati preunitari italiani è pressoché dimostrata dal tenore letterale delle disposizioni normative in questione (⁷) e dall'orientamento giurisprudenziale che ne

ritto civile), in *Nov. D.*, Torino 1957, pp. 873 ss.; L. COVIELLO, voce *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, Milano 1960, Vol. VI, pp. 54 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, ed. LX, Padova, 2001, p. 864; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, ed. VI, Napoli 1994, pp. 126-127; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano 1990, Vol. I, pp. 196 ss.; C.M. MAZZONI, *Persona fisica*, in *Istituzioni di diritto privato*, ed. IX, a cura di M. BESSONE, Torino 2002, pp. 95-96.

(⁶) Cfr. Cass. civ. 7 agosto 1972, n. 2646, in *Giust. civ.*, 1973, I, pp. 1380 ss.; Trib. Voghera 28 gennaio 1998, in *Vita not.*, 1998, pp. 1462 ss.; Trib. Bari 21 ottobre 1980, in *Rass. d. civ.*, 1981, pp. 857 ss. Per quanto più in generale concerne le pronunce giurisprudenziali volte a ribadire il concetto che la capacità giuridica si acquisisce solo con la nascita e che tutte le situazioni patrimoniali in capo al concepito sono soggette ad una vera e propria condizione sospensiva il cui evento coincide con la nascita, si vedano: Cass. civ. 14 luglio 2006, n. 16123; Cass. civ. 6 aprile 2006, n. 8105; Cass. civ. 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ. 25 maggio 2004, n. 10035; Cass. civ. 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. civ. 10 maggio 2002, n. 6735; Cass. civ. 24 marzo 1999, n. 2793; Cass. civ. 13 marzo 1998, n. 2750; Cass. civ. 22 novembre 1993, n. 11503; Cass. civ. 15 aprile 1975, n. 1427; Cass. civ. 7 agosto 1972, n. 2646.

(⁷) Cfr. Art. 646 (Libro Terzo, *De' differenti modi co' quali si acquista la proprietà*, Titolo I, *Delle successioni*, Capitolo II, *Delle qualità richieste per succedere*) Codice Pel Regno delle Due Sicilie, in *Collezione completa dei Moderni codici civili degli Stati d'Italia secondo l'ordine cronologica della loro pubblicazione*, Torino 1845, p. 273: « Per poter succedere è necessario di esistere nel momento in cui si apre la successione. Sono quindi incapaci di succedere 1° colui che non è ancora concepito; 2° il fanciullo che non è nato vitale »; Art. 624 (Parte seconda, *Delle eredità*, Titolo primo, *Delle successioni testamentarie*, Capo secondo, *Delle persone che possono disporre per testamento, e di quelle a cui favore può essere disposto*) Codice per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla, in *Collezione completa dei Moderni codici civili degli Stati d'Italia*, cit., p. 410: « L'incapacità de' non concepiti, de' morti civilmente, e degli stranieri si considera unicamente al tempo della morte del testatore »; Art. 705 (Titolo II, *Delle successioni testamentarie*, Capo II, *Della capacità di disporre, e di ricevere per testamento*) Codice civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna, in *Collezione completa dei Moderni codici civili degli Stati d'Italia*, cit., p. 636: « Sono incapaci di ricevere per testamento: I non concepiti, tranne i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore; Quelli che non sono nati vitali nel dubbio si presumeranno vitali quelli che si proverà essere nati vivi, salvo nel caso contemplato (...) ». Dall'analisi delle Osservazioni del Senato di Piemonte, del Senato di Nizza e dalle Risposte della Commissione di Legislazione, emerge che il legislatore sabaudo non si è addentrato nella questione della qualificazione giuridica del concepito ma ha messo in in

ha confermato ⁽⁸⁾ e talvolta anticipato ⁽⁹⁾ i contenuti. Del resto, guardando alla cultura giuridica dell'Italia dei primi decenni dell'Ottocento, l'impronta della *École de l'Exégèse*, attraverso il massiccio fenomeno delle traduzioni delle opere francesi ⁽¹⁰⁾ e delle integrazioni operate da giuristi locali con la

evidenza più la presunzione di vitalità dei neonati (cfr. *Motivi dei codici per gli Stati Sardi*, Genova 1856, vol. II, pp. 29 ss.).

⁽⁸⁾ Cass. civ. Torino 14 juillet 1838, in *Giurisprudenza degli Stati Sardi. Raccolta Generale Progressiva di Giurisprudenza, Legislazione e Dottrina compilata dall'avvocato Filippo Bettini*, Torino 1858, parte prima, cc. 624-625: « *Que telle était, en effet, la jurisprudence antérieure au Code civil, qui, suivant l'opinion unanime et non contredite des commentateurs du droit romain étendait, par analogie, à tout usufruitier à titre universel la disposition de la loi dernière au Code De bonis quae libéris, d'après la quelle le père usufruitier de la succession échue à son fils était tenu d'acquitter les legs annuels jusqu'à concurrence, du moins, des revenus de la succession* »; Cass. civ. Nizza 14 marzo 1851, in *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, cit., 1851, parte prima, cc. 272.273; Cass. civ. Torino 12 marzo 1853, in *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, cit., 1855, parte prima, cc. 288 ss. Di particolare interesse, proprio perché rimanda alle fonti di diritto romano nella soluzione di una fattispecie concreta in tema di devoluzione dell'eredità in capo al nascituro concepito, sembra il ragionamento seguito dalla Cass. civ. Torino 25 luglio 1857, in *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, cit., 1857, parte prima, cc. 744-745. La pronuncia in questione riguarda l'interpretazione di un testamento scritto prima dell'entrata in vigore del Codice civile albertino e che istituisce come erede il postumo figlio della moglie del testatore. La particolarità del caso risiede nel fatto che per applicazione delle leggi romane — stando alla decisione della Cassazione — pur avendo la moglie del dante causa concepito un figlio in seconde nozze con un altro marito, la suddetta disposizione testamentaria rimane valida ed è destinata a produrre effetti a beneficio del nascituro delle nuove nozze: « *Attesoché, se, in genere, le forme di un testamento dipendono dalla legge del tempo in cui fu fatto, deve pure con quella legge interpretare le frasi più o meno dubbiose, delle quali siasi il testatore servito; che, giusta le leggi [l. Placet omnem masculum, ff. de liberis postumis heredibus instituendis vel exheredandis (D. 28.2.4)], [l. ideoque qui postumum, ff. de liberis postumis heredibus instituendis vel exheredandis (D. 28.2.5)], [l. Quidam, cum testamentum faciebat, C. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel preteritis (C.6.29.4)] la chiamata ad erede di un postumo si estendeva a qualunque postumo ulteriore, tranne che in modo certo e tassativamente fosse soltanto il primo di essi istituito, che, trattandosi nella specie, della istituzione di un postumo, fatta in via meramente eventuale e pel sol caso che la moglie del testatore fosse incinta, senza che vedasi accompagnata da alcuna dichiarazione che necessariamente la restringa a favore del solo primo figlio nascituro da quel matrimonio e non da altri, i giudici del merito, conformemente alla patria giurisprudenza, poterono giustamente, o almeno senza violazione di legge dichiarare, essere stata questa la volontà del testatore* ».

⁽⁹⁾ Senato di Genova 7 marzo 1828, in *Giurisprudenza dell'Ecc.mo R. Senato di Genova ossia Collezione delle sentenze pronunciate dal R. Senato di Genova sovra i punti più importanti di diritto civile, commerciale, di procedura e criminale compilata dall'Avvocato Niccolò Gervasoni*, Genova 1828, Vol. IV, pp. 149-150.

⁽¹⁰⁾ Sull'importanza delle traduzioni si veda F. RANIERI, *Le traduzioni e le annotazioni di opere giuridiche straniere nel sec. XIX come mezzo di penetrazione e di influenza delle dottrine*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze 1977, Vol. III, pp. 1487 ss. Per l'individuazione delle opere francesi come per quelle tedesche in versione italiana, si è fatto riferimento a M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Napoli 1986, vol. II.

tradizione giuridica nostrana ⁽¹¹⁾, ha accompagnato non solo tutta la fase della legislazione preunitaria, ma anche la fase della relativa interpretazione giuridica, così risultando assai difficile teorizzare un disconoscimento del dettato normativo di cui all'art. 725 del *Code Napoléon* e una presa di distanza dalla elaborazione dottrinale francese su di esso.

Ne costituisce ulteriore conferma una nota del traduttore dell'*Analyse raisonnée de la discussion du Code civil* di Maleville, attraverso la quale, partendo dal pensiero dell'Autore d'Oltralpe sulla capacità giuridica del nascituro concepito, si avverte il lettore di quanto la legislazione napoleonica fosse in sintonia con la « romana giurisprudenza » che considerava « il figlio concepito nell'utero della madre » come « già vivente » e, sul piano del diritto successorio, qualificava l'ipotesi che il fanciullo dovesse nascere « *vivus perfecte* » ⁽¹²⁾ non già come evento dedotto a condizione, quanto piuttosto come mera aspettativa dei legittimati attivi o danti causa e dei consociati a vederlo nascere e vivere « *propter spem hominis* » ⁽¹³⁾.

Nella stessa direzione si pone il noto Commentario di Annibale Giordano sulle *Leggi civili del Regno delle Due Sicilie*, ove nell'analizzare la disposizione normativa in tema di capacità a succedere, l'Autore si mostra critico verso

⁽¹¹⁾ Si pensi, ad esempio, all'opera del Delvincourt che, forse in un momento successivo a quando fu tradotta, ossia — stando alla prefazione — nell'anno 1823, è stata sottoposta ad un'analisi comparativa con il diritto positivo vigente nel Regno delle due Sicilie, tanto che il testo originale è stato integrato da piccole annotazioni e « *accompagna gli articoli de' codici francesi che vi sono citati la perpetua corrispondenza di quelli de' nostri codici, se ve n'abbia, simili o riformati che sieno. Nel testo anzi queste citazioni non sono marginali, e vanno sempre contraddistinte da carattere corsivo quelli degli articoli napoletani* » (Cfr. C.E. DELVINCOURT, *Corso di codice civile del sig. Delvincourt (...) Novellamente tradotto dall'ultima edizione francese ed accompagnato dalla nuova giurisprudenza civile del Regno delle due Sicilie*, Napoli 1823, vol. I, prefazione); oppure si faccia riferimento al *Corso di diritto civile* di Duranton che è stato novellato — sulla base della legislazione civile delle due Sicilie, delle Leggi civili della Toscana e del Regno Lombardo Veneto — dal giurista napoletano Pasquale Liberatore nel 1841. Il bisogno di una integrazione col diritto vigente negli Stati preunitari italiani — ad avviso dell'editore — è dettato da un desiderio di completezza e di esaustività essendo il *Code civil* talvolta indifferente alla tradizione giuridica locale (Cfr. A. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese opera del professore Duranton nuova versione italiana con addizioni, note ed osservazioni riguardanti la legislazione civile delle due Sicilie e coi confronti delle LL. Civili della Toscana e del Regno Lombardo Veneto del fu professore Napoletano Pasquale Liberatore*, Napoli 1847, prefazione). Un altro esempio di integrazione con la tradizione giuridica nostrana si rinviene nell'opera di Demolombe la cui prima traduzione, ad opera degli avvocati Gennaro De Filippo, Ferdinando Mascilli e Giuseppe Tucci, risale al 1848 ed è accompagnata da un confronto sistematico con le Leggi civili del Regno delle Due Sicilie (cfr. C. DEMOLOMBE, *Corso del Codice civile (...) Prima versione italiana degli avvocati Gennaro de Filippo e Giuseppe Tucci, con note, giunte, appendici ec. Ec. Riguardanti le leggi civili del regno delle Due Sicilie*, Napoli 1857).

⁽¹²⁾ Si fa riferimento a C.6.29.3.

⁽¹³⁾ J. MALEVILLE, *Analisi ragionata della discussione intorno al Codice civile*, trad. it. G. Ricchi, Milano 1806, vol. V, pp. 403 ss.

la posizione di alcuni esponenti dell'*École de l'Exégèse* ⁽¹⁴⁾ che hanno subordinato l'ipotesi dell'« essere concepito al momento dell'apertura della successione » all'« essere nato vivente » e all'« essere nato vitale » giacché, proprio sulla base della tradizione romanistica, « Ogni individuo che muore si presume di essere vissuto nella capacità de' suoi diritti civili » e tale asserita presunzione risulta difficilmente smentita da una prova contraria ⁽¹⁵⁾.

3. — L'attenzione in Italia per lo studio della capacità giuridica del nascituro concepito alla luce della più specifica disciplina della capacità a succedere non è stata tuttavia filtrata esclusivamente attraverso l'elaborazione dottrinale francese dell'art. 725 del *Code Napoléon*, né ha caratterizzato solo il periodo della codificazione ottocentesca, ma si era affacciata già in precedenza. Alcune significative tracce, infatti, si rinvennero nella giurisprudenza dell'ultima fase del diritto comune ⁽¹⁶⁾, che talvolta riprese la costruzione teorica

⁽¹⁴⁾ Nell'ambito della *École de l'Exégèse* si riscontrano, infatti, alcune opinioni dottrinali (quali quelle espresse da Trolong e dal Duranton) che, sotto l'influenza della costruzione dogmatica dei diritti del concepito frutto della elaborazione della coeva dottrina tedesca, valorizzando il requisito dell'essere nato vivente e vitale, svalutarono la posizione del concepito ed il profilo della sua qualificazione giuridica.

⁽¹⁵⁾ A. GIORDANO, *Comento sulle Leggi Civili del Regno delle Due Sicilie ove si espongono i principi delle stesse leggi; le variazioni tra l'antica e moderna legislazione; un cenno sulla concordanza coi codici esteri; il confronto colle leggi romane e col diritto patrio (...)*, Napoli 1853, Vol. III, pp. 41 ss. Sul punto si è espresso anche il Muscolino commentando la disposizione normativa sulla condizione di vitalità contenuta nel Codice civile del 1865 (cfr. P.A. MUSCOLINO, *De partu vivo et vitali*, in *Arch. giur.*, diretto da F. SERAFINI, Pisa 1896, Vol. LVII, pp. 14 ss.: « Ma io voglio esser largo, e, dico con quei glossisti, con quei chiosatori di diritto romano che della vitalità tengono parola, che questo requisito richiedevano i Romani; giacché se mi è agevole da un canto, di revocarlo in forse presso i Romani, altrettanto non mi è lecito fare pel nostro attuale Codice civile, il quale — come abbiamo veduto — l'ha sancito nell'art. 724, n° 2, nel quale dichiara che “sono incapaci di succedere coloro che non sono nati vitali” (...). L'ammetterla, poi, ci è giocoforza, perché essa fa da sostrato al nostro assunto, il quale non avrebbe ragione di esistere, se di essa facessimo a meno. L'obbietto precipuo di ciò che precedentemente abbiamo detto è stato appunto dimostrare che la vitalità non è mai assunta a grande importanza; tanto vero che della sua esistenza nei digesti si può dubitare, e che il vigente nostro Codice, pur espressamente volendola, la presume, sino a prova contraria, quando è dimostrata la vita »).

⁽¹⁶⁾ La scelta di guardare al momento pratico del diritto nel periodo in cui il fenomeno del particolarismo giuridico era stato ampliato, con chiara evidenza nell'Italia degli Stati Regionali, dalla volontà dei sovrani e dei potenti signori, sotto forma di costituzioni e leggi regie, statuti principeschi o ducali o comitali, è data dal fatto che, nei secoli XVI e XVII, la giurisprudenza dei grandi tribunali europei era diventata uno dei principali elementi di razionalizzazione ed omogeneizzazione del patrimonio giuridico esistente e risultava, dunque, un fattore essenziale nella mediazione e nella scelta tra le varie disposizioni normative del diritto comune, di quello statutario e di quello sovrano. In concomitanza con l'accresciuto potere interno e l'acquisto di grande prestigio internazionale da parte delle alte corti europee — fenomeno che si è potuto verificare proprio grazie all'esistenza e all'impiego di un diritto di base, comune a tutte le genti — cresce di pari passo, e si impone, acquistando carattere di preminenza, la raccolta e la pubblicazione di materiale giurisprudenziale, diretta

dei trattatisti del Cinquecento, i quali, a loro volta, richiamavano in proposito l'interpretazione delle fonti giustiniane della Scuola del commento.

Ne è di esempio *Il dottor volgare* di Giovanni Battista De Luca ⁽¹⁷⁾, opera molto legata al momento pratico del diritto tanto da essere stata scritta nella ferma convinzione che « *le leggi si mangiano e s'inghiottiscono nelle scuole, ma poi si digeriscono ne' tribunali* » ⁽¹⁸⁾: l'Autore secentesco contemplava le ipotesi di revocazione tacita del testamento fatto a beneficio o di un figlio nato o di un figlio concepito, finendo per collocare sullo stesso piano la consistenza dei diritti successori in capo ai due soggetti, con la sola differenza che nel primo caso la revoca conseguente alla condotta disdicevole opera con efficacia *ex nunc*, mentre nel secondo caso, con efficacia *ex tunc*, essendo il concepito titolare dei diritti successori fin dal momento in cui era nel ventre materno ⁽¹⁹⁾.

emanazione di tali corti, venendosi così a realizzare un complesso di opere che, sotto le diverse intitolazioni di *codex*, *questiones*, *conjecturae* o *decisiones* tendono tutte, con chiari intenti pratici, alla raccolta e classificazione delle sentenze o di parti di esse, emesse dai più autorevoli tribunali. A tal riguardo si veda G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, Torino 1967, vol. I, p. 300: l'A. sostiene che questi tre grandi gruppi di fonti risultavano ancora alle soglie del XIX secolo « *formalmente in vigore, sia pur sull'unico fondamento giuridico ormai costituito dalla volontà sovrana del principe; e la loro stessa cognizione presentava difficoltà, sia per la mancanza o insufficienza delle forme di conservazione e accertamento ufficiale dei testi da parte dei pubblici poteri, sia per la necessità di stabilire, mediante criteri di esegesi cronologica e sistematica, quali norme fossero tuttora vigenti, e quali fossero state abrogate, o cadute in desuetudine* ». Sulla problematica della pluralità delle fonti del diritto e su un mancato criterio di razionalizzazione del sistema si rimanda a A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982, vol. I, pp. 206 ss.: l'A. parla di un fenomeno di « *polverizzazione del diritto* » in quanto la miriade delle disposizioni statutarie nonostante subiscano una naturale perdita di importanza, riescono solo con difficoltà ed a costo di rilevanti sforzi ad essere scalzate dalla legislazione sovrana. D'altra parte è da tenere pur sempre in conto che il binomio *ius commune*, *ius municipale* che agli albori del periodo intermedio aveva retto le sorti di tutti gli ordinamenti sino al termine dell'epoca medievale, era stato solo parzialmente intaccato dall'intrusione della legislazione sovrana e principesca, la quale si presentava in ogni caso come « *intermittente, occasionale ed inorganica* » e, nonostante i principi che diedero origine in età medievale alle legislazioni e alle consuetudini delle comunità locali risultassero ormai in buona parte « *sgonfiati* », vanificati dal corso politico della storia, pur tuttavia essi assunsero, col volgere dell'epoca moderna e l'imporsi dell'assolutismo, una diversa coloritura a tinte non meno forti, di antica tradizione consuetudinaria, di privilegio particolare, di distinzione. Sul ruolo dei Tribunali supremi si veda G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani fra i secoli XVI e XIX quali fattori dell'unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in *Ib.*, *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, pp. 50 ss.

⁽¹⁷⁾ Sulla vita e sulla produzione scientifica di G.B. De Luca si veda A. MAZZACANE, voce *G. B. De Luca*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 1990, vol. XXXVII, pp. 340 ss.

⁽¹⁸⁾ G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, in *Proemio*, Firenze 1859, vol. I, p. 3.

⁽¹⁹⁾ G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale*, cit., vol. II, pp. 533 ss.

A conforto della tesi del De Luca si colloca quella del suo contemporaneo Samuel Stryk ⁽²⁰⁾, che, partendo dal presupposto della necessità dell'esistenza dell'erede ai fini della devoluzione dell'eredità, sostenne che sia il nato sia il concepito occupassero la stessa posizione, essendo il secondo annoverato, nelle fonti di diritto romano, tra le persone esistenti ⁽²¹⁾.

Sempre nell'ambito del filone dei pratici del diritto, l'attribuzione della capacità giuridica al concepito si rinviene ancora, circa un secolo dopo, nel *Tractatus de feudis* di Tommaso Maurizio Richeri ⁽²²⁾, giurista piemontese che visse nella seconda metà del '700 e che fu autore di opere a carattere sistematico ⁽²³⁾. Il *Tractatus de feudis* è una raccolta di diritto feudale il cui intento era quello di riordinare « *ab auctoribus, qui eruditiores habentur (...)*

⁽²⁰⁾ Sulla vita e le opere dello Stryk si veda F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it. qui cit., *Storia del diritto privato moderno*, Milano 1967, p. 330.

⁽²¹⁾ S. STRYKII, *Dissertationum Juridicarum Francofurtensium (...)* ex jure publico, privato, feudali et statuario materias exhibens, Francofurti, Sumptibus Samuel Wohleri Bibliopolae Ulmensis, 1743, Disput. XIX, cap. IV, n. 26, f. 432 ra.

⁽²²⁾ T.M. RICHERI, *Tractatus de Feudis*, Taurini, Ex Typographia Regia 1791, Tit. IV, cap. III, n. 525, f. 162 va: « *Nec tantum filii jam nati, sed etiam nascituri, seu posthumi feudorum per successionem capaces habendi sunt; atque mulier praegnans in bonorum feudaliu possessionem mitti debet, quemadmodum fertur quad bona allodialia ex Carboniano edicto* [I. Cum mulier deferente, ff., de Carboniano edicto (D. 37.10.10)]; *cum sua deat aequitas, eorum etiam, qui nascituri spectantur curam haberi* [I. Sicuti liberorum, ff., de Ventre in possessionem mittendo et curatore eius (D. 37.9.1)]; *nec ab hac naturali aequitate jure civili firmata ullibi recedunt, aut aliquid contrarium consuetudines feudales* ». Il richiamo alla costruzione Ulpiana dei diritti del nascituro è ancor più evidente nell'*Universa Jurisprudencia*, opera che in maggiore misura evidenzia lo stile, la capacità sintetica e sistematica con cui il Richeri affronta l'argomento soffermandosi sui già noti frammenti D. 28.2.12, D. 25.4.1.1, D. 37.9.1, D. 27.10.8. Si veda T.M. RICHERI, *Universa civilis, et criminalis Jurisprudencia, Juxta seriem institutionum ex naturali, et romano jure deprompta, et ad usum fori perpetuo accommodata*, Taurini, Ex Typographia Mairesse 1774, Tomo I, f. 160 ra: « *Superest differendum, quo jure regantur postumi, quibus comparati possunt, qui exfecto matris utero prodierunt, vel nondum nati sunt. Postumi generatim dicuntur, qui post patris, aut matris mortem nascuntur, quamquam magis proprie nati morto patre hoc nomine significari solent. Quod ad postumos attinte, licet jure veteri in plerisque ab aliis different, jure tamen novo a Justiniano inducto, quoties de eorum comodo agitur, natis per omnia comparantur. Idem de iis affirmandum, qui exfecto matris ventre in lucem eduntur. Qui adhuc nati non sunt, ii nullam, si proprie loqui velimus, conditionem habent, cum spes tantum animantis sint, et portio mulieris, vel viscerum; adeoque, saltem quad alios, homines non reputantur. Interim vero, quia spes est, ut nascantur; quoties de eorum comodo agitur, pro natis habentur. Hinc in possessionem bonorum, quasi nati fuisset, mittuntur, unde et mater ipsorum, ita dicam, jure, et nomine congrua conditioni alimenta percipiat, licet aliunde habeat, quo necessitati suae consulta: quia alimenta ei praestari videntur, qui in ventre est; eorumque nomine bonis curator datur. Imo et ulterius traditum, supervenientem patri, vel matri calamitatem eis nequam nocere: itaut liberi, et ingenui nascantur, quamvis post conceptionem mater in servitutum redigatur, vel ultimo damnetur supplicio: et prius concepti sint, quam pater ab ordine moveretur. Si vero mortui deinde nascantur, ceudent fictiones veritati, et idcirco neque nati, neque unquam concepti existimatur* ».

⁽²³⁾ Sulla vita di Tommaso Maurizio Richeri si veda G. VALLA, *Un giurista dell'ultimo diritto comune*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, Savigliano 1983, pp. 117 ss.

quae meliora, et potissimum ad praxim utiliora visa sunt »⁽²⁴⁾: si tratta, invero, di un'ampia panoramica sulle problematiche di natura feudale e si basa principalmente sui *Libri feudorum*, sul *Corpus Juris* e sulle *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, nella quale compaiono numerosi, seppur con frequenza sporadica, anche i grandi trattatisti europei dei secoli precedenti.

Tra questi, basti pensare a Rolandino de' Passaggieri⁽²⁵⁾, a Paolo Leo Patavino⁽²⁶⁾ o a Durante Gualdensi⁽²⁷⁾, anch'essi sensibili nell'equiparare, in tema di capacità a succedere, la posizione del nato con quella del concepito e finanche nel ritenere irrilevante la prova che questi esca dal ventre materno dando segni di vita.

Si tratta di una costruzione, quella dei trattatisti del Cinquecento, che è in fon-

⁽²⁴⁾ T.M. RICHERI, *Tractatus*, cit., *Praefatio*, p. 5.

⁽²⁵⁾ ROLANDINUS BONONIENSIS (ROLANDINO DE' PASSAGGIERI), *De Testamento et ultima voluntate*, in *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificiū, tum Caesarei iuris facultate Iuriconsultorum, De ultimis voluntatibus. Ex multis in hoc volumen congesti, additis plurimis, etiam nunquam editis, hac nota designatis, et multò, quàm emendatione redditi; Summarijs singulorum Tractatum locupletissimis illustrati. Indices accessere ita locupletes ut omnes materiae quae sparsim leguntur, facillime distinctae Lectoribus appareant* (d'ora in avanti citati con la sigla: T.U.I.), Venetiis 1584, Tomus Octavus, Pars I, f. 6 va: « *Item eorum, qui sunt legitimi et naturales, quidam sunt primi gradus, ut filii, quidam secundi vel ulterioris, ut nepos, neptis, pronepos, proneptis, et sic deinceps. Item eorum qui sunt masculi, quaedam feminae quidam in potestate, quidam emancipati, quidam nascituri sive posthumi de quibus in sequentibus titulis, et rubricis suo ordine est agendum* ». Id., in T.U.I., f. 7 vb: « *Posthumus duobus modis accipitur, stricte, et large dicitur enim stricte posthumus, qui in vita testantis conceptus, et post mortem eius natus est unde posthumus, quasi post humum patris natus. Large vero is dicitur posthumus, qui post testamentum natus est patre vivente, ut [l. Postumi per virilem, ff. de iniusto rupto irrito facto testamento (D. 28.3.3)]. Nam si posthumus praeteritus fuerit, non instituitur, et ipse nascatur vivus voce emessa, vel non emessa, dum tamen constat esse vivum natum, vel ex certo ventre editu, integrum vel non integrum animal cum spiritu: tamen testamentum rumpet, ut [l. Quod certatum, C. de postumis heredibus instituendis (C. 6.28.3)] dicitur nisi declinet ad monstrum, vel ad prodigum, ut [l. Non sunt, ff. de statu hominum (D. 1.5.14)] non sunt. Qui autem nascitur mortuus, nec conceptus videtur ut [l. Qui mortui nascuntur, ff. de verborum significatione (D. 50.16.129)]. Adverte, ad hoc, ut rumpat testamentum posthumus, requiritur, quod sit perfecte vivus natus nec obstat, mox etiam in manibus obstetricis decedat ».*

⁽²⁶⁾ PAULUS LEO PATAVINUS, *De substitutione*, in T.U.I., cit., Tomus Octavus, Pars I, f. 292 ar: « *Ego autem, ut difficultates cesset, et contrarietas iurium evitetur, atque; etiam ut materia ista magis aperiatur, dico esse considerandum, licet posthumus ille diceretur, qui post mortem patris, aui, aut proavi nasceretur, quasi posthumus, aut posthumanonem natus, tamen per Iureconsultos postea posthumus etiam ille dici certus est, qui post testamentum, vivo tamen ad huc testatore nasceretur [l. Postumi per virilem, ff. de iniusto rupto irrito facto testamento (D. 28.3.3)] Et alijs etiam modis dicitur posthumus (...) qui nascitur post mortem patris, aut aui, recte dicitur nunquam fuisse in potestate eorum, et hoc casu loquuntur iura illa in contrarium allegata ».*

⁽²⁷⁾ IOHANNES DILECTUS DURANTE GUALDENSIS, *De arte testandi et cautelis ultimatium voluntatem*, in T.U.I., cit., Tomus Octavus, Pars I, f. 117 av: « *Posthumus praeteritus rumpit testamentum et procedit hoc, etiam si natus statim expiraverit ante baptismum, in praesenti dummodo partus sit tempore perfectus (...) quod natus octavo mense rumpat testamentum, per l. uxoris abortu* ». In tal senso si esprime PETRUS PECKIUS, *De testamento coniugale*, in T.U.I., cit., Tomus Octavus, Pars I, f. 153 br.

do molto vicina a quella di Baldo degli Ubaldi⁽²⁸⁾ ⁽²⁹⁾ e Bartolo da Sassoferrato⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾ che, non a caso, talvolta viene da tali autori esplicitamente richiamata⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ Cfr. E. BESTA, *Baldo degli Ubaldi*, in *Bollettino della Deputazione di Storia Patria per l'Umbria*, Perugia 1949, Vol. XLVI, 16 p.; D. MAFFEI, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento*, Frankfurt 1979, pp. 71 ss.; G. VALLONE, *Nascita e morte di Baldo degli Ubaldi e la raccolta originale dei suoi Consilia*, in *Studi in memoria di Giovanni Cassandro*, Roma, Ministero per i Beni culturali e ambientali 1991, Vol. III, pp. 1082 ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, Roma 1995, Vol. II, pp. 436 ss.

⁽²⁹⁾ BALDUS UBALDI, *Consiliorum, sive responsorum (...)* *Hac novissima edizione recognitionum, pluribusque, in locis accuratissime castigatum; cum Quaestionibus, Summaris et Indice Iocuopletissimo*, Venetiis 1575, Volumen Tertium, Consilium LXIX, f. 18 ar: « *Quidam instituit duas filias, omnes liberos nascituros ex uxore sua: sed voluit, quod filiae essent contentae de libras cent. si nuberent, vel de l. si ad religionem conuerterentur: eis substituit A. B. patruos suos: si nascetur masculus, illum haeredem universalem instituit: nunc nullo masculo nato quid de ista haereditate. Quidam instituit duas filias, et liberos nascituros ex uxore sua: sed voluit, filiae essent contentae de lib. cent. si ad matrimonium carnale pervenerint, et si ad spirituale, de lib. quinquaginta. et interim debeant alimentari: et eis substituit filium masculum nasciturum et nullo filio existente substituit A. et B. patruos suos, videlicet A. pro duabus et B. pro tertia parte et si nascetur aliquis ipsorum decederet in pupillari etate, substituit dictos A. et B. et si non nascetur aliquis filius masculus, tunc, et eo casu eos haeredes instituit dictos A. et B. pro tribus partibus. Modo nullo filio masculo nato queritur, quis sit effectus institutionis, et substitutionis tam filiarum, quam substitutorum. Et ut dicendum, testator manifeste in casu isto transiverit ad dipondium, nam filium instituit haeredem in omnibus bonis suis. Itē substitutos instituit in alio asse, et sic de necessitate fecit transitum ad duos asses (...)* *vel divisit assem in duos semisses. In contrarium videtur, quod testator adversative loquutus est, nam dum in prima parte testamenti instituisset filias, duplicem adversativa subiunxit alia, dum dixit, instituit filium masculum haeredem universalem. Sed hoc non potest esse, nisi institutio universalis filiarum redigatur ad institutionem particularem et deinde postea instituit A. et B. si masculus non nasceretur et sic ut ita dixerim, haeres universus detrahit alio haeredi universo, id est filiabus nomen, et ius haeredis universalis ».*

⁽³⁰⁾ Cfr. F. CALASSO, voce *Bartolo da Sassoferrato*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 1964, Vol. VI, pp. 640 ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., vol. II, pp. 425 ss.

⁽³¹⁾ BARTOLUS A SAXOFERRATO, *De liberi et posthumis haeredibus instituendis vel exhaeredandis*, in *Gemma Legalis seu Compendium Aureum Propositionum, Sententiarum, Regularum et omnium memorabilium, quas tum (...)*, *Iurisprudentiae Interpretum Coryphaeus, in suis Commentarijs, Consilijs, Quaestionibus, Tractatibus, atque etiam alijs omnibus nunc recens emissis, scriptas reliquit (...)*, Venetiis 1565, Tomus Undecimus, Lex IV, f. 90 ar: « *Institutio posthumi simpliciter facta, comprehendit omnem posthumum, secus si instituens se restringeret ad posthumum nasciturum ex ventre uxoris suae, quae praegnans est* [I. Quid sit nominatim exheredari, ff. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis (D. 28.2.1)] »; *Id.*, *De liberi et posthumis haeredibus instituendis vel exhaeredandis*, in *Gemma Legalis*, cit., Tomus Undecimus, Lex VIII, f. 99 ar: « *Posthumus dicitur natus post mortem patris* [I. Postumi per virilem, ff. de iniusto rupto irritato facto testamento (D. 28.3.3)] »; *Id.*, *Commentaria, Nunc recens, praeter omnes alias ad hanc diem in lucem editas. Aureis Adnotationibus (...)* *Cum elenchis rubricarum, legum, et paragraaphorum, initio appositis, et à quàm plurimis mendis vindicata*, Venetiis 1565, Tomus Tertius, In Primam Infortiati Partem, Lex XII, f. 90 br: « *Natus dicitur, qui perfectè venit, vel vivus est extractus extra ventrem (...)* *Vivus dicitur quis nasci, quando vocem emittit, vel apparet, quando nascitur, eum esse vivum, licet momento vivat (...)* *Seminatus vivens, postea mortuus, an rumpat testamentum ».*

⁽³²⁾ LANCELOTUS POLYTUS, *De substitutione*, in *T.U.I.*, cit., Tomus Octavus, Pars I, f. 237 ar.

4. — L'orientamento della dottrina italiana che ha ritenuto il nascituro concepito come soggetto di diritto sull'onda della elaborazione dell'*École de l'Exégèse* ⁽³³⁾ e attraverso una riflessione accurata sulle fonti di diritto romano conservate nella tradizione giuridica previgente al processo di codificazione, presenta, pur nella sua compattezza, alcune incertezze e si presenta con delle voci dissonanti.

Basti pensare al contributo del Senatore di Piemonte Ludovico Secondo Bertolotti che, in un breve manuale molto usato soprattutto nelle Università fino alla codificazione albertina e consultato dai compilatori della codificazione stessa ⁽³⁴⁾, sotto il titolo primo « *Che cosa sia Persona, e quali i varj stati della medesima* », stabilisce che « *Persona in senso legale significa un uomo considerato in quello stato, che, o per natura, o per legge, agisce nella società* » e aggiunge che « *la legge considera l'uomo non solo già nato, ma anche sol concepito, perché nelle cose utili, la concezione equivale alla nascita, leg. 7. ff. de stat. hom.* » ⁽³⁵⁾.

Dunque, l'estensione della soggettività giuridica avverrebbe solo attraverso una previsione normativa volta a tutelare gli interessi di un soggetto che non si afferma giuridicamente per la propria natura, ma in considerazione di quei diritti di cui potrà disporre solo dopo l'evento della nascita, con efficacia retroattiva e per mezzo di una *fictio* vera e propria.

Il tratto forse più peculiare della costruzione del giurista piemontese risiede nel richiamo al famoso frammento di Paolo ⁽³⁶⁾ che viene, in questo contesto, caricato di un significato univoco, al di fuori, peraltro, di un'analisi filologica dell'espressione « *qui in utero est* » e di una interpretazione organica del titolo V « *De Statu Hominum* » del Digesto ⁽³⁷⁾ e di quanto emer-

⁽³³⁾ Sul punto si rimanda alla magistrale ricostruzione di L. MOSCATI, *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. LIOTTA, Bologna 1999, pp. 280 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. L. MOSCATI, *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, cit., p. 282.

⁽³⁵⁾ L.S. BERTOLOTTI, *Istituzioni del diritto civile universale*, Torino 1815, p. 85. Lo stesso ragionamento viene seguito in tema di successioni *mortis causa* laddove l'Autore, sulla base di una interpretazione restrittiva e poco fondata del passo J. 2. 13. 5, ritiene che il nascituro concepito possa godere, una volta nato, dei propri diritti successori non già in quanto soggetto di diritto e, dunque, dotato di una capacità giuridica completa, ma in virtù di una specifica tutela dei suoi interessi ereditari (cfr. L.S. BERTOLOTTI, *Istituzioni del diritto civile universale*, cit., p. 568).

⁽³⁶⁾ D.1.5.7: « *Quae liberis damnatorum conceduntur qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit* ».

⁽³⁷⁾ Per il passo del giurista Paolo si rimanda alla profonda analisi di P. CATALANO, *Diritto e persone*, Torino 1990, vol. I, pp. 195 ss.; Id., *Il nascituro tra diritto romano e diritti statali*, in *Culture giuridiche e diritti del nascituro*, a cura di A. TARANTINO, Milano 1997, pp. 87 ss.; Id., *Diritto alla vita, proprietà e debito*, in *Diritto alla vita e debito estero*, III Centenario della nascita di S. Alfonso Maria De' Liguori, Napoli 1997, pp. 22-23.

ge dal pensiero di altri giuristi romani come Ulpiano ⁽³⁸⁾.

Analogo ragionamento, seppur in modo più succinto, viene svolto da Giuseppe Maria Regis nel suo *Dizionario*, che è poi un commento della legislazione regia nato a fini pratici dato il continuo richiamo alle decisioni dei Supremi Magistrati: la capacità giuridica del nascituro concepito è intesa come capacità settoriale, volta a preservare esclusivamente i diritti successori la cui disponibilità è subordinata all'evento della nascita, quando il « *figliuolo* » diviene soggetto di diritto ⁽³⁹⁾.

In modo più sistematico si è espresso, qualche anno dopo, Francesco Forti nelle sue *Istituzioni civili*, scritte con l'intento di tracciare la storia delle istituzioni in Italia nelle sue connessioni con la più ampia realtà culturale e civile sottostante ⁽⁴⁰⁾. Si tratta di un'opera particolarmente raffinata, che, già nell'enunciazione delle sue stesse finalità, rivela l'influenza di matrici culturali ulteriori rispetto a quella francese e nella quale, in concreto, emerge l'impronta della Scuola storica tedesca, già dominante in Italia e che si sarebbe ancor più affermata nella stagione della legislazione unitaria ⁽⁴¹⁾.

Non a caso, infatti, la qualificazione dei diritti del nascituro si fonda su di una esemplificazione concettuale di un frammento di Paolo ⁽⁴²⁾, che sembra proprio ricalcare certe argomentazioni logiche che ritroviamo nella coeva dottrina tedesca ⁽⁴³⁾: « *La legge protegge l'uomo anche nel ventre materno; ed oggimai, massime per la influenza del diritto canonico, il procurato aborto è delitto appo tutte le civili nazioni (...)* Ma la legge che considera il feto all'effetto di proteggerlo dagli attentati dei facinorosi non ravvisa in lui alcuna altra capacità attuale di diritti civili (...) La legge considera talvolta i già concepiti come già nati nelle cose a loro favorevoli, o autorizza de' provvedimenti diretti a conservare loro intatti i diritti a cui possono essere chiamati col nascere. Ma tutte queste disposizioni sono sempre subordinate alla condizione

⁽³⁸⁾ Cfr. M.P. BACCARI, *La difesa del concepito nel diritto romano dai Digesta dell'Imperatore Giustiniano*, Torino 2006, pp. 45 ss.; Id., *Concetti ulpiane per il « diritto di famiglia »*, Torino 2000, pp. 124 ss.

⁽³⁹⁾ G.M. REGIS, *Dizionario legale teorico-pratico ossia corso di giurisprudenza civile e criminale. In cui per ordine alfabetico si rinvencono tutti i vocaboli di tale scienza, i principii del jus romano, gli articoli delle regie costituzioni, le sentenze e decisioni*, Torino 1816, Vol. VIII, p. 193. Questa costruzione dei diritti successori del nascituro concepito verrà ripresa, seppur in modo più velato e meno consapevole, anche da altre voci enciclopediche dell'Ottocento quali: P. LIBERATORE, *Dizionario legale contenente la definizione e la spiegazione dei vocaboli e modi di dire usati nell'antica e nuova legislazione canonica civile penale amministrativa secondo l'ultimo suo stato nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1834, p. 127; F. FORAMITI, *Enciclopedia legale ovvero lessico ragionato*, Venezia 1838, pp. 300 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. L. ROSSI, voce *Francesco Forti*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 1997, Vol. XLVIII, pp. 175 ss.

⁽⁴¹⁾ V. *infra*, n. 5.

⁽⁴²⁾ D. 50.16.231: « *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus* ».

⁽⁴³⁾ Vedi *infra*, n. 5.

che il feto concepito esca alla luce vivo e vitale, e tendon solo a dare un effetto retroattivo ai diritti che realmente acquista colla nascita [I. *Quod dicimus eum, ff. de verborum significatione* (D. 50.16.231)] » ⁽⁴⁴⁾.

Si evidenzia, attraverso le parole del Forti, l'inizio di quel processo di assimilazione della costruzione di Savigny e dei suoi seguaci che ha caratterizzato l'elaborazione dottrinale dell'Italia della seconda metà dell'Ottocento e che induce, a questo punto, prima di passare in rassegna gli orientamenti della scienza giuridica italiana, a guardare al contesto culturale che ha fatto da sfondo alla redazione, nell'art. 724 del Codice civile del 1865, della norma relativa alla capacità a succedere del concepito.

5. — Alla luce di quanto si è osservato, occorre, dunque, interrogarsi sul peso specifico che la matrice culturale della Scuola storica tedesca ha giocato rispetto ad una potenziale interpretazione restrittiva della predetta disposizione codicistica e agli orientamenti espressi dalla giurisprudenza dell'ultima fase del diritto comune ⁽⁴⁵⁾ e dai giuristi dell'*École de l'Exégèse*, orientamenti che avevano accompagnato la fase di recepimento dell'art. 725 del *Code Napoléon* nella cultura giuridica preunitaria ⁽⁴⁶⁾.

L'influenza della dottrina francese non venne meno neppure dopo il 1865, come mostrato dalle perduranti versioni italiane di opere francesi ⁽⁴⁷⁾, ma fu controbilanciata, anche in materia di capacità giuridica del concepito, dall'interesse per la letteratura giuridica tedesca e, più segnatamente, per gli autori della Scuola storica e della Pandettistica.

⁽⁴⁴⁾ F. FORTI, *Libri Due delle Istituzioni civili accomodate all'uso del foro*, Firenze 1841, Vol. II, p. 9.

⁽⁴⁵⁾ Orientamento che, indipendentemente dalle influenze d'oltralpe, era riuscito a rafforzare l'impostazione di tradizione romanistica e, dunque, a rendere più facile il processo di metabolizzazione della costruzione Ulpiana dei diritti del nascituro.

⁽⁴⁶⁾ V. *supra*, n. 2 e n. 3.

⁽⁴⁷⁾ La gran parte della dottrina giuridica francese tradotta in italiano nella prima metà dell'Ottocento è stata raccolta e così riedita in spezzoni nel 1873 dall'opera di Jacopo Mattei, che è un commento al Codice civile del 1865 volto a mettere a confronto non solo le disposizioni contenute nel testo normativo italiano con la legislazione degli Stati preunitari, con le leggi romane, con la compilazione francese e con quella austriaca, ma anche la dottrina francese con quella italiana (cfr. J. MATTEI, *Il Codice Civile Italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle leggi romane e delle disposizioni dei Codici francesi, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco colle opinioni di Voet, Fabro, Richeri, Domat, Pothier, Merlin, Delvincourt, Toullier, Duvergier, Duranton, Zachariae, Troplong, Mourlon, Marcadé, Demolombe, Grenier ecc. Bianchi, Pacifici-Mazzoni, Saredo, Borsari ecc. Con riferimento alle decisioni delle Corti d'Appello e di Cassazione francesi, dei superiori Tribunali austriaci, e precipuamente alle decisioni delle Corti d'Appello e delle Cassazioni del Regno. Con richiamo a molti articoli sopra materie speciali, prodotti da diversi giornali di giurisprudenza per opera dell'avv. Jacopo Cav. Mattei autore delle altre opere. I paragrafi del codice civile austriaco, del trattato sulle prove e delle annotazioni al codice di procedura civile italiano*, Venezia 1873-74).

Basti pensare alla produzione scientifica del Savigny ⁽⁴⁸⁾ che, nel suo *System des heutigen römischen Rechts*, partendo dal presupposto formale che il naturale principio della personalità giuridica è fatto coincidere con la nascita, affermava che la fase del concepimento altro non fosse che un momento precedente alla vita reale, da questa disgiunto in forza del fatto che il fanciullo « non ha vita per sé stante ed è dipendente da quella della madre e con essa intimamente connessa », e che « quando venga proposta in termini generali la questione della capacità giuridica dell'infante non ancora partorito, essa deve essere decisa negativamente, in quanto il feto non può avere né proprietà, né crediti, né debiti; e non essendo esso persona che abbia bisogno e sia suscettibile di essere rappresentata, non può neppure avere un tutore, né essere chiamato pupillo » ⁽⁴⁹⁾.

Si tratta di una costruzione teorica fortemente ipostatizzata e che si basa su di una interpretazione dogmatica e parziale del pensiero di Ulpiano ⁽⁵⁰⁾, Paolo ⁽⁵¹⁾ e Giuliano ⁽⁵²⁾: il fondatore della Scuola storica tedesca cita puntualmente i passi del Digesto ma li slega dal pensiero generale dei singoli giuristi che ne sono autori, non considerando, ad esempio, l'intero titolo *De statu hominum* o non soffermandosi, attraverso uno studio filologico, sul frammento di Paolo incentrato sul « *qui in utero est* » ⁽⁵³⁾.

Questa concettualizzazione fu ancora più marcata, quando alcuni esponenti della dottrina giuridica tedesca successiva a Savigny, riconoscendo al

⁽⁴⁸⁾ Sull'influenza del pensiero di Savigny nella cultura giuridica italiana sono illuminanti gli studi di Laura Moscati: L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte*, Roma 1984, p. 361; *Id.*, *Italianische Reise, Savigny e la scienza giuridica della restaurazione*, Roma 2000, p. 200; *Id.*, *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, cit., pp. 291 ss.

⁽⁴⁹⁾ F.C. DI SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, trad. it. qui cit., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. Vittorio Scialoja, Torino 1888, Vol. II, pp. 11-12.

⁽⁵⁰⁾ D. 25.4.1: « *Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: "Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit"* ».

⁽⁵¹⁾ D. 50.16.161: « *Non est "pupillus", qui in utero est* ».

⁽⁵²⁾ D. 26.5.20: « *Ventri tutor a magistratibus populi romani dari non potest, curator potest: nam de curatore constituendo edicto comprehensum est* ».

⁽⁵³⁾ D. 1.5.7: « *Quae liberis damnatorum conceduntur qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit* ».

concepito nascituro una provvisoria capacità giuridica a succedere contestualmente ne escludono una possibile estensione a tutti gli altri diritti diversi da quelli successori: su queste basi la capacità a succedere del concepito si cancella retroattivamente in mancanza dell'evento fisiologico della nascita e, per questo, non può essere considerata come espressione di una generale capacità giuridica, acquistata invece solo con l'uscita dal ventre materno.

Di ciò v'è traccia nella versione italiana del *Cursus der Institutionen* di Puchta ove — sulla base di quel processo di rigoroso formalismo concettuale a cui il fondatore della Pandettistica ha sottoposto le fonti di diritto romano — si mette in evidenza come al concepito verrebbero semplicemente « *conservati* » i diritti derivantigli da successioni e come questi debbano intendersi non mai entrati nella sua sfera giuridica nella ipotesi in cui non si verifichi l'evento della nascita ⁽⁵⁴⁾.

In tale direzione un altro contributo significativo per la cultura giuridica italiana si ebbe tra il 1887 e il 1888, quando Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa dirigevano la traduzione del *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Bernhard Windscheid, che portò ancor più a compimento quel processo di astrazione del concetto di capacità giuridica, iniziato qualche anno prima da Georg Friedrich Puchta ⁽⁵⁵⁾.

Il Windscheid, in una configurazione del tutto dogmatica di un passo delle Istituzioni di Giustiniano ⁽⁵⁶⁾, avvertiva che, per quanto concerne il concepito avente causa, fosse necessario distinguere la capacità ad essere istituiti eredi dalla capacità a divenire effettivamente titolari dei diritti successori, capacità, quest'ultima, destinata ad acquistarsi dopo la nascita e do-

⁽⁵⁴⁾ G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, trad. it. qui cit., *Corso delle istituzioni presso il popolo romano*, trad. Carlo Poli, Milano-Verona 1858, vol. II, pp. 70 ss. Questo porre su piani concettuali diversi la sfera della capacità giuridica generale e della capacità a succedere del fanciullo concepito è ancor più evidente nelle *Pandekten*, un'altra fondamentale opera del Puchta che, seppur mai tradotta in italiano, circolò nell'Italia della seconda metà dell'Ottocento con una certa frequenza (cfr. Id., *Pandekten*, Leipzig 1853, pp. 171 ss.).

⁽⁵⁵⁾ Sul ruolo determinante del Puchta nella scissione con la matrice romantica della Scuola storica si esprime F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it. qui cit., *Storia del diritto privato moderno*, Milano 1967, p. 78.

⁽⁵⁶⁾ J. 2.19.4: « *In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt et id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat. hoc amplius et cum adit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspicendum est quo acquirit hereditatem. medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut diximus, tria tempora inspicere debent. testamenti autem factionem non solum is habere videtur qui testamentum facere potest sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest vel alii acquirere, licet non potest facere testamentum et ideo et furiosus et mutus et postumus et infans et filius familias et servus alienus testamenti factionem habere dicuntur: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi vel alii acquirere possunt ».*

po la dimostrazione che il nato fosse in grado di continuare a vivere ⁽⁵⁷⁾.

Tuttavia, nel medesimo torno di tempo, e parallelamente alla traduzione del testo del Windscheid, appare significativa la rivisitazione dell'opera di Federico Glück — uno degli esponenti maggiori del tardo *Usus modernus pandectarum*, vissuto tra Settecento e Ottocento e, dunque, molto prima di Savigny e di Puchta — del quale Filippo Serafini e Pietro Cogliolo diressero la traduzione delle *Pandekten* ⁽⁵⁸⁾.

L'Autore sulla base di un passo delle Istituzioni di Giustiniano ⁽⁵⁹⁾, che statuisce il principio « *Postumi quoque, qui si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt* » e sulla base del frammento di Paolo ⁽⁶⁰⁾ che postula il principio « *Sui heredes existimantur, qui in potestate morientis fuerint* », aveva prospettato come tali « *sui heredes* », non ancora nati ma concepiti, dovessero essere considerati come comproprietari del patrimonio del dante causa già dalla fase del concepimento perché fin d'allora considerati esistenti ⁽⁶¹⁾.

Dunque, a voler tirare le fila del discorso, i materiali della dottrina tedesca fruibili in Italia e a cui il pensiero giuridico italiano poté attingere nella seconda metà dell'Ottocento non riflettevano un disegno organico e uniforme circa la capacità giuridica del concepito, coesistendo, per un verso, il prepotente apporto dogmatico del Puchta, del Windscheid e, in parte, del Savigny e, per l'altro verso, il timido contributo del Glück, precedente alla Pandettisti-

⁽⁵⁷⁾ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. it. qui cit., *Diritto delle Pandette*, trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino 1925, vol. III, pp. 159 ss.

⁽⁵⁸⁾ I due direttori giustificano la grande impresa con il risveglio del diritto romano che si ottiene mediante l'applicazione alla fattispecie concreta secondo « *la purezza dei principi e i risultamenti della scienza invece di fermarsi al gretto commento logico degli articoli del codice* »: si tratta dell'esposizione dei principi del diritto romano con l'aggiornamento e l'adeguamento alla situazione degli Stati tedeschi, a cui i curatori aggiungono note e confronti con il Codice civile del Regno d'Italia.

⁽⁵⁹⁾ J. 3.1.2: « *Sui autem heredes existimantur, ut et supra diximus, qui in potestate morientis fuerunt: veluti filius filia, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. nec interest, utrum naturales sunt liberi an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos qui ex legitimis quidem matrimonii non sunt progeneriti, curiis tamen civitatum dati, secundum divalium constitutionum quae super his positae sunt tenorem, suoram iura nanciscuntur: nec non eos quos nostrae amplexae sunt constitutiones, per quas iussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere coniugium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit filiosque vel filias habuerit: non solum eos liberos qui post dotem editi sunt iustos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis praestiterunt: quod optinere censuimus, etiamsi non progeneriti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce subtracti fuerint* ».

⁽⁶⁰⁾ D. 37.6.12: « *Si praegnantem quis uxorem reliquerit et ea ventris nomine in possessionem missa fuerit, interim cessat collatio: nam antequam nascatur, non potest dici in potestate morientis fuisse: sed nato conferetur* ».

⁽⁶¹⁾ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, Milano 1893, vol. V, pp. 311-312.

ca, non concettualizzante e profondamente permeato dalle fonti di diritto romano.

6. — Anche il legislatore del 1865 non si è distaccato da quel filone della tradizione romanistica che ha inciso sulla formulazione e sulla interpretazione dell'art. 725 del *Code Napoléon* e delle analoghe norme contenute nei codici degli Stati italiani successivi: l'iniziativa legislativa unitaria non ha apportato significative modifiche alla disciplina della capacità a succedere del nascituro concepito.

Si può peraltro notare che il dettato dell'art. 724 del Codice civile del 1865⁽⁶²⁾ rese in una forma espressiva più ferma e sintetica, rispetto alla disposizione normativa contenuta nel Codice albertino⁽⁶³⁾ — che si considera il più vicino al Codice unitario — la condizione per cui si presumono essere vitali i figli concepiti che all'atto della nascita risultano essere in vita ma la cui vitalità è difficilmente riscontrabile⁽⁶⁴⁾.

Una proposizione normativa, quest'ultima, che consente di dedurre — anche sulla base dei lavori preparatori — una peculiare sensibilità del legislatore italiano alla posizione giuridica del concepito, in quanto laddove vi fosse un dubbio circa le potenziali capacità del fanciullo a continuare a vivere, questo non avrebbe inficiato i diritti successori acquistati fin dal momento del concepimento e rispetto ai quali il nascituro è visto atteggiarsi come soggetto di diritto. In tale direzione sembra collocarsi, sintomaticamente anche un passaggio della Relazione al progetto del secondo libro del codice civile, ove in relazione ai requisiti della capacità a succedere, si menzionano *a contrario* come soggetti esclusi dalla successione coloro che non siano concepiti⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶²⁾ Cfr. Art. 724 (Titolo II, *Delle successioni*, Capo I, *Delle successioni legittime*, Sezione I, *Della capacità di succedere*) Codice civile: « Sono incapaci di succedere: 1° Coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti; 2° Coloro che non sono nati vitali. Nel dubbio si presumono vitali quelli di cui consta che sono nati vivi ».

⁽⁶³⁾ Cfr. Art. 705 (Titolo II, *Delle successioni testamentarie*, Capo II, *Della capacità di disporre, e di ricevere per testamento*) Codice civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna, in *Collezione completa dei Moderni codici civili degli Stati d'Italia*, cit., p. 636: « Sono incapaci di ricevere per testamento: I non concepiti, tranne i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore; Quelli che non sono nati vitali nel dubbio si presumeranno vitali quelli che si proverà essere nati vivi, salvo nel caso contemplato (...) ».

⁽⁶⁴⁾ Il concetto è stato ribadito anche da alcune pronunce giurisprudenziali di merito: Trib. Genova 17 maggio 1886, in *Prima Raccolta Completa della Giurisprudenza sul Codice Civile disposta sistematicamente articolo per articolo coll'aggiunta della bibliografia*, a cura di C. FADDA-E.A. PORRO-A. RAIMONDI-A. VEDANI, Milano 1919, Vol. III, p. 753; Trib. Perugia 18 febbraio 1892, in *Prima Raccolta Completa della Giurisprudenza*, cit., Vol. III, p. 753.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. *Relazione sul Progetto del secondo libro del Codice Civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863*, in *Codice Civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari, e dai Verbali della Commissione coordinatrice colle referenze sotto ogni articolo*

La penetrazione della costruzione romanistica dei diritti del concepito nel tessuto normativo del 1865 è ancor più rinsaldata dalla interpretazione che dell'art. 724 ha dato la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del codice. Si tratta per lo più di pronunce della Cassazione ⁽⁶⁶⁾ che, sulla base della premessa della necessaria esistenza dell'avente causa al momento dell'apertura della successione, hanno peraltro equiparato la posizione del nato con quella del concepito, affermando che il legislatore avesse voluto fare riferimento non già ad un'esistenza attualmente compiuta, ma ad un inizio di vita anche embriogenica ⁽⁶⁷⁾. Dunque, la vita extrauterina del fanciullo è vista come la continuazione di una esistenza già iniziata nel ventre materno e per cui l'ordinamento ha predisposto alcuni mezzi di tutela, come nella materia successoria, volti a riconoscere il bene giuridico della vita non già solo dopo la nascita ma fin dal momento del concepimento ⁽⁶⁸⁾.

Un ragionamento, quest'ultimo, che tende indubbiamente ad andare oltre la qualificazione giuridica dei diritti successori del nascituro concepito ma che, come si vedrà innanzi, non ha trovato seguito nel pensiero giuridico degli ultimi decenni del secolo XIX.

La consapevolezza, infatti, della coesistenza e della tensione fra ricostruzioni diversamente orientate nelle opere dei giuristi tedeschi sembra attenuarsi ove si consideri più da vicino l'elaborazione della scienza giuridica italiana a partire dalla codificazione del 1865. In particolare i commenti alla disposizione normativa di cui all'art. 724 del Codice civile sembrano costituire un momento di frattura rispetto al passato, come risulta dal progressivo svuotamento della pregnanza delle fonti romane, che si è successivamente e progressivamente consolidato nel combinato disposto dell'art. 1 e dell'art. 462 del Codice civile del 1942.

agli altri Codici Italiani, al Francese, alle Leggi Romane, nonché a tutti i precedenti legislativi coll'aggiunta delle leggi complementari che si riferiscono al codice civile ordinato dall'Avvocato Sebastiano Gianzana, Torino, Roma-Napoli 1887, Vol. I, p. 58: « Per succedere è necessario esistere al tempo in cui si apre la successione. Sono quindi incapaci di succedere i non concepiti e quelli che non nascono vitali ». Cfr. Verbali della Commissione di Coordinamento (seduta dell'11 maggio 1865 - verbale n. 28), in Codice Civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari, cit., pp. 233 ss. Cfr. Processi verbali delle sedute della Commissione speciale nominata con R. Decreto del 2 aprile 1865 al fine di proporre le modificazioni di coordinamento delle disposizioni del Codice civile e le relative disposizioni transitorie a mente della legge di detto giorno, Torino 1866, pp. 313 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cass. civ. Torino 29 luglio 1872, in *Prima Raccolta Completa della Giurisprudenza*, cit., Vol. III, p. 752.

⁽⁶⁷⁾ Cass. Torino 14 novembre 1882, in *Il Codice Civile Italiano coordinato alle leggi affini ed alla giurisprudenza col richiamo articolo per articolo delle disposizioni affini e delle circolari dall'anno 1789 a tutto il 1893 nonché delle convenzioni internazionali relative*, a cura di A. CAMOUS, Firenze 1894, Vol. II, pp. 15-16.

⁽⁶⁸⁾ Cass. civ. Torino 29 luglio 1872, in *Prima Raccolta Completa della Giurisprudenza*, cit., Vol. III, p. 752.

Si pensi alla posizione di Luigi Borsari e di Emidio Pacifici Mazzoni⁽⁶⁹⁾, che pur partendo dall'assunto teorico che « *il conceptus si ritiene come uomo vivo* » finirono per considerare la scelta del legislatore alla stregua di una vera e propria *factio* volta a tutelare gli interessi dell'erede nascituro, il quale però può essere considerato soggetto di diritto solo dal momento in cui si « *affaccia realmente alla vita* »⁽⁷⁰⁾ ⁽⁷¹⁾. Lungo la medesima linea si colloca il pensiero di Ricci, che pur ritenendo che « *il feto esistente nell'utero materno ha capacità a divenire una persona* », affermò altresì che « *la legge si contenta di siffatta capacità per estendere al medesimo i benefici di una successione* »⁽⁷²⁾.

7. — La scienza giuridica degli anni successivi all'entrata in vigore del Codice del 1865 e precedente alla formazione del codice civile del 1942, ponendosi in linea continuativa con l'impostazione concettuale della dottrina tedesca, sembra escludere qualsivoglia ipotesi di soggettività giuridica del concepito sulla base di una interpretazione dogmatica e tralatizia delle fonti del diritto romano e delle disposizioni normative del *Code Napoléon* e dei Codici degli Stati italiani successori, a cui il legislatore unitario si era in effetti ispirato⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁹⁾ Si tratta invero di esponenti della scienza giuridica civilistica che pur avendo studiato il neonato codice con la tecnica dell'esegesi (Cfr. N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 2002, p. 41), nel merito hanno affrontato l'istituto del nascituro mostrando una certa sensibilità alla elaborazione dottrinale della Pandettistica tedesca.

⁽⁷⁰⁾ L. BORSARI, *Commentario del Codice Civile Italiano*, Torino 1874, Vol. III, Parte prima, p. 54.

⁽⁷¹⁾ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, ed. V, Torino 1927, Vol. VI, pp. 36 ss.; *Id.*, *Codice Civile Italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, Firenze 1873, Vol. I, pp. 129 ss.; *Id.*, *Codice Civile Italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, Firenze 1875, Vol. II, pp. 140 ss.

⁽⁷²⁾ F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, ed. II, Torino 1886, Vol. III, p. 19. La tesi del Ricci è stata poi ripresa da V. VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, ed. II, Torino 1923, Vol. I, pp. 641 ss.

⁽⁷³⁾ Basti pensare alla posizione assunta da Emanuele Gianturco che, nel ritenere come presupposti di fatto per l'esistenza fisica la nascita, la vita e la vitalità, riconosce al concepito la possibilità di essere titolare di diritti ma solo sulla base di una presunzione normativa che subordina il godimento dei diritti in questione all'avveramento dell'evento della nascita: « *La nascita suppone la completa separazione dall'utero materno, accada naturalmente o con mezzi chirurgici. Tuttavia anche prima della nascita conceptus pro nato habetur, quoties de eius commodo agatur (art. 724, n.1); e il magistrato può nominare un curatore al ventre, che vegli a impedire la sostituzione, la soppressione o la supposizione di parto e tuteli nel frattempo il patrimonio del nascituro (art. 236)* » (cfr. E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze 1921, p. 22). Si tratta di un ragionamento che verrà ripreso e ampliato dall'Autore nella identificazione dell'« *homo* » con la persona giuridica: « *Il concetto della persona, quale subietto di diritti, è stato esteso alle persone giuridiche, altrimenti dette persone morali, mistiche, fittizie, corpi morali (art. 2, Cod. civ.). Abolita la schiavitù, il concetto romano della persona, ha perduto il suo valore giuridico. Oggi ogni uomo è persona, cioè subbietto capace di diritti; e ogni diritto suppone necessariamente una persona, che ne sia portatrice* » (cfr. *Id.*, *Sistema di Diritto Civile Italiano* (parte gene-

Si tratta di una impostazione scientifica che entrerà nel vivo della discussione sulla formulazione dell'art. 1 e dell'art. 462 del vigente codice civile e del rispettivo coordinamento tra le disposizioni normative in essi contenute.

Guardando, infatti, ai lavori preparatori di queste disposizioni di legge è da ricordare che mentre l'art. 107, comma 1°, del Progetto preliminare, collocato sotto il titolo delle successioni legittime, dichiarava incapace a succedere chi non fosse concepito al tempo dell'apertura della successione ⁽⁷⁴⁾, nel progetto definitivo la proposizione negativa venne mutata in positiva, con l'affermazione della capacità di succedere in capo a tutti coloro che al tempo dell'apertura della successione avessero capacità giuridica a norma degli artt. 1 e 2 del Libro I, disposizioni che subordinano l'acquisizione della suddetta capacità all'evento della nascita.

Ma, a proposito della *relatio* delle norme da ultimo citate con le disposizioni in materia successoria, in sede di redazione del testo legislativo fu rilevato che « siccome nel 2° comma dell'art. 1 del libro I al concepito non è attribuita una capacità giuridica generale, ma sono dalla legge riconosciuti singoli diritti subordinatamente all'evento della nascita », era perciò « opportuno affermare qui esplicitamente (1° comma) che sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione » ⁽⁷⁵⁾.

rale), Vol. I, Napoli 1894, p. 79). Sul punto si sono espressi qualche anno dopo anche Nicola Coviello e Paolo Emilio Bensa, che, proprio sulla base della tradizione dottrinale tedesca, giungono ad una definizione astratta e dogmatica di soggetto di diritto (cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Napoli 1992, p. 141; P.E. BENSA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di diritto civile italiano*, Torino 1897, p. 64).

Sulla costruzione dogmatica della figura *ficta* della persona giuridica fondata sulla base delle fonti romane sono illuminanti le pagine di E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, Roma 1995, Vol. II, p. 238. Da ultimo sulla nozione di persona giuridica e sulla evoluzione concettuale della stessa si rimanda a F. GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, Torino 1995, Vol. XIII, pp. 392 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. *Progetto e relazione del 23 marzo 1936-XIV. Commissione reale per la riforma dei codici, Sottocommissione per il codice civile*, Roma 1936, Vol. IV, p. 30.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni: approvato con R. decreto 26 ottobre 1939-XVII, n. 1586, preceduto dalla Relazione di S. E. il Ministro Guardasigilli a S. M. il Re Imperatore e seguito da Indice analitico-alfabetico*, Napoli 1939, p. 70. Il comma 2° dell'art. 107 del Progetto preliminare riproduceva la regola avente ad oggetto il tradizionale termine dei 300 giorni per la presunzione *iuris tantum* (ossia vincibile con la prova contraria) del concepimento al tempo dell'apertura della successione a favore di chi sia nato per l'appunto entro 300 giorni dalla morte del *de cuius*. In proposito si legge nella Relazione al progetto definitivo che era sorta qualche preoccupazione per la possibilità di contrasti con le regole del Libro I (art. 236) a proposito della presunzione assoluta o *iuris et de iure*, circa la legittimità del nato entro 300 giorni dallo scioglimento o annullamento del matrimonio; preoccupazioni tuttavia — aggiungeva la Relazione stessa — da ritenersi in realtà infondate « perché evidentemente la prova contraria contro la presunzione stabilita nell'articolo potrà ammettersi solo quando la questione del concepimento non sia connessa con la questione della legittimità. Né è sembrato necessario al riguardo un chiari-

La frattura con l'impostazione dei diritti del nascituro propria della tradizione legislativa previgente, frattura che si evidenzia nella formulazione dell'art. 1 del nostro codice e, ancor più, nell'attribuzione alla norma in tema di capacità a succedere del concepito (art. 462) di un significato che è profondamente connesso con la enucleazione del concetto dogmatico di capacità giuridica e del suo pieno acquisto con l'evento della nascita, non si è certo fermata al momento legislativo ma ha acceso una *querelle* tra due importanti giuristi che hanno vissuto nella prima metà del Novecento e che sono stati piuttosto vicini alle vicende della formazione del Codice civile del 1942.

Si fa riferimento allo scritto di Francesco Carnelutti, pubblicato sul *Foro italiano* del 1954 dal titolo *Logica e metafisica nello studio del diritto* ⁽⁷⁶⁾, e a quello di Francesco Santoro Passarelli edito nello stesso anno in occasione del centenario della casa editrice Jovene e dal titolo emblematico *Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri* ⁽⁷⁷⁾.

La questione principale che viene affrontata da tali Autori, con posizioni distanti tra loro, riguarda non solo il contenuto dell'art. 462 del vigente codice civile ma, più segnatamente, il criterio interpretativo da adottare dinanzi a due disposizione normative (artt. 1 e 462) che, sulla base del loro tenore letterale e sulla base della tradizione giuridica degli istituti in esse contemplati, sembrano essere contrastanti.

La posizione di Carnelutti è volta a promuovere un'interpretazione prettamente logica del testo di legge secondo la quale — stando alla premessa normativa (art. 1) che la capacità giuridica si acquista solo con la nascita e che la capacità a succedere del concepito è da ascrivere semplicemente alla disciplina delle successioni piuttosto che alla categoria generale della soggettività giuridica — si dovrebbe concludere che « *il nascituro, a differenza del nato, può non nascere, cioè, come uomo, non venire ad esistenza* » perché « *il concepito esiste come feto, non come uomo* » e « *se dunque l'istituzione può istituire un non nato, vuol dire che può essere istituito un uomo possibile, non un uomo esistente* » ⁽⁷⁸⁾. E, dunque, il contrasto tra l'art. 1 e l'art. 462 del

mento espresso, dovendosi ogni norma interpretare in coordinazione con le altre ». Peraltro, la Commissione parlamentare aveva suggerito di chiarire che la prova contraria alla presunzione non potesse essere data quando si trattasse di impugnare la legittimità del figlio, cioè, quando la questione del concepimento fosse connessa con quella della legittimità e perciò aveva proposto che fosse aggiunto un apposito comma, col quale fosse dichiarato che la disposizione non si applicava ai figli di cui non si impugna la filiazione legittima (cfr. *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto del Libro terzo del Codice civile Delle successioni a causa di morte: art. 2 della Legge 30 dicembre 1923-II, n. 2814 e art. 2 e 3 della Legge 24 dicembre 1925-IV, n. 2260, Roma 1939, pp. 103 ss.*).

⁽⁷⁶⁾ F. CARNELUTTI, *Logica e metafisica nello studio del diritto*, in *F. it.*, 1954, cc. 73 ss.

⁽⁷⁷⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene 1854-1954*, Napoli 1954, pp. 291 ss.

⁽⁷⁸⁾ F. CARNELUTTI, *Logica e metafisica nello studio del diritto*, cit., c. 76.

Codice civile del 1942 si risolverebbe nella finzione normativa a cui il legislatore sembra affidare i diritti successori del concepito come interessi giuridicamente tutelati ma di cui il nascituro avrà piena disponibilità solo dopo l'evento della nascita quando diverrà soggetto di diritto.

Questa tesi è stata energicamente criticata da Francesco Santoro Passarelli che ha ritenuto la soluzione offerta dall'insigne teorico generale come una elaborazione fortemente dogmatica e che poggia le sue basi su di un criterio metodologico fallace perché « *le figure e gli istituti giuridici non possono essere intesi concettualmente attraverso spiegazioni metagiuridiche, così come non possono essere intesi coi vecchi procedimenti interpretativi, quale finzioni* » e aggiunge — forte del fatto che la realtà giuridica vada spiegata « *se si vuole intenderla e ricostruirla, proprio per quella che è, cioè come la realtà quale è vista e valutata* » — che la capacità attuale di succedere suppone la nascita o il concepimento non già come *condictio iuris* ma come *condictio facti* e, dunque, tende ad equiparare i due fenomeni naturali ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁹⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, cit., p. 293. Secondo l'Autore, non a caso il legislatore del 1942 non solo menziona distintamente la posizione del nascituro concepito da quella del nascituro non concepito, ma prevede che il fatto del concepimento abbia anche ricadute applicative specifiche. Ne è prova la differente disciplina in merito all'amministrazione dei beni del concepito e del nascituro non concepito: « *Così si spiega perché l'amministrazione dei beni lasciati al concepito spetti al genitore del concepito, al padre e in mancanza alla madre (art. 643, 2° comma), e invece l'amministrazione dei beni lasciati al nascituro non concepito spetti a colui a cui i beni sono attribuiti in mancanza del nascituro (art. 643, 1° comma c.c.), a somiglianza di quanto avviene per l'amministrazione dei beni lasciati sotto condizione (art. 641 ss. c.c.)* ».