

PROCREAZIONE ASSISTITA E CAPACITÀ DI SUCCE- DERE DEI CONCEPITI *POST MORTEM PATRIS**

SOMMARIO: 1. I problemi relativi alla capacità di succedere dei concepiti ex art. 462 alla luce delle norme sulla procreazione medicalmente assistita. - 2. La posizione della giurisprudenza romana riguardo ai concepiti *post mortem patris* di figli viventi alla morte del *de cuius*. - 3. Le soluzioni escogitate dagli operatori del diritto riguardo ai concepiti nati *post mortem patris* oltre i limiti stabiliti che potessero attestarne una sicura paternità. - 4. Applicabilità di determinazioni analoghe nella realtà contemporanea.

1. *I problemi relativi alla capacità di succedere dei concepiti ex art. 462 alla luce delle norme sulla procreazione medicalmente assistita.*

Pur non ripetendo la perentoria affermazione contenuta nell'art. 724 del codice del 1865, che al suo primo comma recitava: *sono incapaci di succedere coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti*, il legislatore del '42 conferma ugualmente la mancanza di una capacità successoria dei non concepiti. All'art. 462, primo comma, si legge infatti che *sono capaci di succedere solo tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura*

della successione¹; anche se, al terzo comma, lo stesso articolo dichiara che *possono* comunque ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti².

Il primo comma dell'art. 462 riserva dunque ai soli concepiti all'epoca dell'apertura della successione la capacità di ricevere ereditariamente, con ciò ponendosi nel solco di un'antica tradizione che trova le sue radici nella regola, enunciata dai commentatori medioevali e tratta da un passo del giurista Giuliano contenuto in D. 1.5.26³, secondo la quale *conceptus pro iam nato habetur*⁴.

*Il presente lavoro è destinato agli *Studi in onore di G. Silvestri*, ove sarà pubblicato col titolo *La capacità di succedere dei concepiti post mortem patris: una questione antica*.

¹ Il principio è pacifico: vd. per tutti L. FERRI, *Alcune considerazioni sulla capacità di succedere dei nascituri (art. 462 cod. civ.)*, in *Temi*, Milano, 1963, 820 s.; ID., *Disposizioni generali sulle successioni*³, Commentario del cod. civ. Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Libro secondo, *Delle successioni* (Artt. 456-511), sub art. 462, Bologna-Roma, 1977, 159; cfr., più di recente, E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, 60; ma vd. anche 146 ss. In giurisprudenza cfr. per tutte Cass. Civ., sez. II, sentenza 22 marzo 2012 n. 4621, su cui vd. S. MARANI, in *www.altalex.com*, 21 luglio 2012.

² Cfr. G. GROSSO – A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, Tratt. Vassalli, Torino, 1977, 107; E. MOSCATI, *Studi*, cit., 60 s., il quale precisa al riguardo (vd. nt. 32) come la capacità di ricevere per testamento dei non concepiti fosse già stata riconosciuta dai codici albertino (art. 705) e parmense (art. 623), oltre che dalla legge toscana del 15 novembre 1814 (art. 10).

³ D. 1.5.26: Iul. 69 *digest.* *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse, nam et legitimae hereditates his restituantur* [...]. Sul passo, coinvolto anch'esso in passato nell'ondata interpolazionistica (vd. per tutti E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, in *BIDR.*, XXXIII, 1923 (ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, 24 ss.); G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 6, in *ZSS.*, LXVI, 1948, 265 ss.;

Volendo poi giustificare, a livello sistematico, la capacità del concepito, occorre rifarsi all'art.1 del nostro c.c., che, ricollegando l'acquisto della capacità giuridica al momento della nascita, subordina i diritti del concepito, inclusi quelli successori, a quell'evento⁵. Il che porterebbe a concludere, quindi, che, anteriormente a tale evento, non vi potrebbe essere alcuna capacità di succedere⁶, soluzione, questa, non accettata comunque unanimemente in dottrina⁷.

G.G. ARCHI, voce *Concepimento (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 354 ss.), cfr., più di recente soprattutto F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, 53 e nt. 101 (ove è possibile reperire altra bibliografia); ma vd. anche 70; II, *Profili del regime classico*, Milano, 2001, 50; *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta Iuridica. Scritti dedicati a F. Grelle*, I, Napoli, 2011, 303 ss., part. 314 ss.; P. FERRETTI, 'In rerum natura esse. In rebus humanis nondum esse.' *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008, part. 37 ss.; 81 s.; 128 ss.; 173 ss.; C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2008, 86 ss.; F. ZUCCOTTI, 'In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse', in www.ledonline.it/rivistadirittoromano, VIII (2008), 3 ss.; M.V. SANNA, 'Partus ancillae', 'fetus pecudis' e il principio del *commodum*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, V, 2012, part. 12 ss.

⁴ Sull'iter storico che ha portato alla formazione del broccardo in questione cfr. soprattutto E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'Conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano, 2009, 1 ss.

⁵ In questa direzione vd., tra gli altri, P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 614 ss., part. 624; L. COVIELLO JR., voce *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 55; ID., *Diritto successorio*, Bari, 1962, 127 s.; G. BONILINI, *Nozioni di diritto ereditario*², Torino, 1993, 26; ID., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*², Torino, 2003, 36; E. MOSCATI, *Studi*, cit., 64.

⁶ Vd. L. COVIELLO JR., voce *Capacità di succedere*, cit., 56; ID., *Diritto successorio*, cit., 128; G. GROSSO – A. BURDESE, *Le successioni*,

Prescindendo dalla proposta di modifica dell'art. 1 del codice, volta ad arretrare il riconoscimento della capacità giuridica dalla nascita al concepimento⁸, in ogni caso, la capacità del concepito, di contro a quella dei non concepiti, ex art. 462 terzo comma, non è speciale, ma generale. Un principio pacifico nella letteratura giuridica è infatti quello per cui il concepito è abilitato a succedere sia per testamento che *ab intestato*, mentre il non concepito può ereditare solo *ex testamento*⁹. Sia per l'una che per l'altra categoria di chiamati rimangono invece aperti i problemi circa la

cit., 102; P. RESCIGNO, voce *Capacità giuridica (Diritto civile)*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 221; ID., voce *Nascita*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 1, il quale esclude appunto in maniera netta che l'espressione utilizzata nell'ultimo comma dell'art. 1 cod.civ.: *i diritti che la legge riconosce a favore del concepito*, possa essere intesa come un'anticipazione della capacità, e quindi della personalità, rispetto al momento della nascita.

⁷ Così, as ed., C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica – i soggetti*², Milano, 2002, 222 ss.; ID., *Diritto civile, II, La famiglia – Le successioni*³, Milano, 2001, 477. Sulla questione, da ultimo, E. MOSCATI, *Studi*, cit., 70 ss., con altra bibliografia.

⁸ Una proposta, questa, che rischia però di creare problemi di non facile soluzione. Non essendo invero la vita dell'embrione indipendente dalla madre, verrebbero ad emergere questioni ulteriori, quale ad es. quella della successione ereditaria nel caso di morte del feto; l'esigenza di applicare trattamenti sanitari obbligatori sulla donna incinta, al fine di tutelare il nascituro, con ulteriori ripercussioni sulla più generale tutela del 'diritto alla vita', che nel caso specifico verrebbe ad essere sacrificato a danno della madre e a favore del nascituro. Su questa problematica *amplius* F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Milano, 2000, part. 85 ss., con bibliografia.

⁹ Sul principio la dottrina è concorde: cfr., a titolo esemplificativo, L. FERRI, *Alcune considerazioni*, cit., 820 s.; ID., *Disposizioni*, cit., 159; G. BONILINI, *Nozioni*, cit., 26; ID., *Manuale*, cit., 36; E. MOSCATI, *Studi*, cit., 65.

vocazione, se debba considerarsi attuale e perfetta o non immediata e condizionale¹⁰. Ma non è su queste questioni, squisitamente tecniche, che intendiamo soffermarci, ritenendo più importante, ai fini del discorso che vogliamo condurre, concentrarci su una questione di grande attualità: la tutela successiva dell'embrione.

Le diverse tesi sulla capacità di succedere del concepito ex art. 462, infatti, sono state messe in crisi dalle problematiche emergenti in seguito all'affermarsi delle pratiche riguardanti la procreazione assistita¹¹, che hanno portato a rivedere tutte le categorie tradizionali, prima fra tutte la nozione stessa di concepimento¹².

In base a quanto disposto dall'art. 5 della legge n. 40 del 2004, è richiesta l'esistenza in vita di entrambi i genitori al momento dell'impianto dell'embrione¹³. Esso infatti così recita:

Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso,

¹⁰ E. MOSCATI, *Studi*, cit., 73 ss.; 156 ss., con bibliografia.

¹¹ Sul dibattito bioetico accesosi in seguito allo svilupparsi delle tecniche riguardanti la fecondazione assistita, prima e dopo la legge del 2004, cfr. tra gli altri F. FRENI, *Biogiuridica*, cit., 46 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, part. 49 ss.; da ultima M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in www.forumcostituzionale.it, 2015, 1 ss., con altra bibliografia.

¹² Sul punto cfr. ancora E. MOSCATI, *Studi*, cit., 80 s., ove altra bibliografia.

¹³ Vd. al riguardo E. MOSCATI, *Studi*, cit., 81 s.; 164 ss., che fa un parallelo con l'analoga situazione vigente nel diritto francese.

coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

Un'interpretazione restrittiva di questa disposizione ha spinto a non consentire l'impianto *post mortem* dell'embrione crioconservato, né l'inseminazione dopo l'apertura della successione.

Ora, già prima dell'introduzione della legge n. 40 erano state prospettate soluzioni più disinibite al riguardo. L'inadeguatezza del nostro attuale diritto di fronte alle questioni sorte anche a livello successorio con l'introduzione delle nuove tecniche della procreazione assistita, denunciata da tempo dalla dottrina italiana, aveva infatti indotto qualche giudice ad una interpretazione evolutiva dell'art. 462, riconoscendosi al nascituro da un embrione crioconservato, e quindi impiantato nell'utero materno dopo la morte del marito, la capacità di succedere al padre defunto¹⁴. Un provvedimento, questo, che tuttavia non era stato favorevolmente interpretato; il che evidenziava il disagio di dottrina e giurisprudenza a muoversi in un terreno normativo affatto inadeguato rispetto

¹⁴ Cfr. l'ordinanza del Tribunale di Palermo dell'8 gennaio 1999, pubblicata in *Il diritto di famiglia e delle persone*, XXVIII (1999), 226, con note di A. MIRANDA, 'Tragic choice' in Italy: brevi note in tema di esecuzione *post mortem* del contratto di procreazione medicalmente assistita, 235 ss.; di G. GIAIMO, *Brevi riflessioni su una gravidanza indotta per decisione del giudice*, 240 ss.; e di R. NATOLI, *L'impianto di embrioni post mortem tra scontri ideologici e prezzi da pagare (a proposito di un'ordinanza palermitana)* 1175 ss. La stessa ordinanza si trova in *Foro italiano*, I (1999) 1653 ss., con nota di L. NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma solo sul merito)*, 1654 ss.

alla realtà contemporanea¹⁵, disagio che la legge del 2004 non ha comunque eliminato.

Né i problemi sarebbero del tutto risolti se si riuscisse ad arrivare ad una assimilazione dell'embrione al nascituro concepito, così attribuendo «all'embrione uno statuto analogo a quello del concepito sulla base del comune principio della dignità della persona umana»¹⁶.

Pur accedendo all'idea di una identificazione tra embrione e concepito, infatti, nell'ipotesi dell'embrione crioconservato e impiantato dopo l'apertura della successione, pratica questa, tra l'altro, vietata dall'art. 14 della legge su menziona-

¹⁵ Si è al riguardo infatti detto (A. MIRANDA, 'Tragic choice', cit., 240) che non dovrebbe farsi riferimento al primo e secondo comma dell'art. 462, quanto piuttosto al terzo, nel senso che «in presenza di un testamento a favore del 'figlio in provetta' si potrebbe correttamente far discendere la volontà del *de cuius* di proseguire nella fecondazione assistita medicalmente anche dopo la sua morte». Comunque, in ogni caso, l'a. mostra di condividere il tentativo dei giudici palermitani «di ampliare il senso e la portata delle norme di legge, che altrimenti resterebbero vittime del tempo». Gli altri commentatori dell'ordinanza, invece, non prestano la loro attenzione ai profili successori, ma evidenziano la confusione fatta dai giudici palermitani tra embrione già impiantato ed embrione crioconservato (così part. G. GIAMO, *Brevi riflessioni*, cit., 244), o sottolineano l'inesistenza di un diritto costituzionalmente garantito (così R. NATOLI, *L'impianto*, cit., 1190), o battono sul richiamo «ossessivo» dei giudici all'esigenza di una regolamentazione «analitica» della fecondazione assistita (così L. NIVARRA, *Fecondazione*, cit., 1656). Simili perplessità sono state avanzate anche da A. GORGONI, *Rilevanza giuridica dell'embrione e "procreazione" di un solo genitore*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 371 ss. che ritiene come l'ordinanza non sia «adeguatamente motivata in diritto per quanto concerne la decisione di far prevalere l'interesse alla vita dell'embrione sul diritto del padre genetico di non procreare».

¹⁶ Così part. E. MOSCATI, *Studi*, cit., 87; 165 ss. e nt. 76.

ta, si dovrebbe comunque dimostrare che il concepimento si è verificato prima dell'apertura della successione, sebbene la nascita sia avvenuta oltre il limite dei trecento giorni (ex art. 462 secondo comma). Il dubbio che poi residua, cioè quello dell'inseminazione *post mortem patris*, e della conseguente capacità di succedere del concepito con questa tecnica al genitore, dovrebbe altresì risolversi in senso negativo anch'esso, e ciò nonostante la legge, all'art. 14, ottavo comma, consenta la crioconservazione dei gameti. Infatti, poiché il nascituro acquista la capacità di succedere al momento della nascita (art. 1, secondo comma), purché sia già stato concepito al tempo dell'apertura della successione (art. 462, primo comma), chi nasce in seguito ad inseminazione artificiale dopo l'apertura della successione dovrebbe essere escluso dalla stessa in quanto non concepito al tempo della morte del genitore¹⁷.

Non a torto, dunque, un grosso nome della nostra civilistica ha messo in risalto quanto il mancato coordinamento tra norme codicistiche e legislazione speciale abbia portato l'interprete «a navigare a vista, senza carte nautiche ... alla ricerca delle “stelle fisse”»¹⁸.

¹⁷ Cfr. E. MOSCATI, *Studi*, cit., 88 s.

¹⁸ Così F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 86.

Come sarebbe allora opportuno orientarsi? Interpretando la legge in modo evolutivo o in modo restrittivo¹⁹?

2. *La posizione della giurisprudenza romana riguardo ai concepiti post mortem patris di figli viventi alla morte del de cuius.*

Prima di abbozzare una qualunque risposta a questo interrogativo appare interessante volgere lo sguardo all'orientamento seguito dalla giurisprudenza romana nel risolvere situazioni in parte assimilabili a quelle ora prospettate. Vediamo intanto come stavano le cose per i concepiti *post mortem* di figli viventi alla morte del *de cuius* in quella realtà.

Occorre premettere che nelle fonti romane la posizione dei concepiti, soprattutto sotto il profi-

¹⁹ A questo proposito è stato infatti sottolineato (cfr. E. MOSCATI, *Studi*, cit., 90 s.; 169 s.) che «di fronte a tali situazioni l'unica soluzione sicura e rispettosa della legge 19 febbraio 2004, n. 40» sarebbe «quella più drastica: l'interpretazione restrittiva dell'art. 462 c.c. in modo da considerare concepito solo l'embrione già impiantato al momento dell'apertura della successione, con pregiudizio inevitabile per gli interessi del nato da embrione crioconservato, che in tal modo si vedrebbe privato dei diritti successori, pur potendo essere considerato figlio [...] in analogia a quanto [...] disposto per l'altra ipotesi», anch'essa ancora vietata quando il Moscati aveva scritto, «di inseminazione eterologa». Una soluzione alternativa per l'a. resterebbe comunque quella «di ricorrere per analogia al meccanismo dell'art. 641 c.c. considerando il nascituro da embrione crioconservato alla stessa stregua di un erede istituito sotto condizione sospensiva, con attribuzione dei poteri di amministrazione alle persone indicate nell'art. 642 c.c.».

lo successorio, risulta ampiamente documentata. Non può essere messo in dubbio, infatti, che il versetto relativo alla successione intestata, racchiuso in *Tab. 5.4*, nonostante facesse riferimento solo ai *sui* quali eredi diretti del *de cuius*²⁰, sia stato inteso, ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale, come applicabile anche ai postumi, cioè a quanti avrebbero avuto comunque riconosciuto lo *status* di figli legittimi del defunto perché nati al massimo entro i dieci mesi dalla sua morte²¹; e ciò sulla base del presupposto che *qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*, come affermerà nel II sec. d.Cr. in maniera chiara il giurista Giuliano²². Attratti i concepiti fra i *sui heredes*, essi avrebbero avuto un loro peso anche nel contesto della vocazione *ex testamento*, subordinandosi di conseguenza la validità dello stesso al principio *sui-postumi aut instituendi aut exheredandi sunt*²³.

²⁰ *Tab. 5.4-5: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto, si adgnatus nec escit, gentiles familiam habeto*, su cui vd. da ultima G. COPPOLA BISAZZA, *Nascita e declino dell'adagio 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, V, 2012, 3 ss.

²¹ Questo, sulla base del combinato disposto di *Tab. 5.4*, su menzionata, e *Tab. 4.4* (cfr. *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*², Florentiae, 1968, 36 e 38).

²² Cfr. su questa problematica, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², Milano, 1967, 401 ss.; tra gli aa. più recenti, F. LAMBERTI, *Studi*, cit., 55 ss.; 73 ss. (con altra bibliografia anteriore); M.V. SANNA, *Il concepito nelle XII Tavole*, in <http://dirittoestoria.it>, X, 2011-2012, 1 ss.

²³ Cfr. ancora P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., II, Milano, 1963, 641 ss.; F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 117 ss.

I giuristi romani si spinsero tuttavia ancora oltre, risolvendo problematiche che una realtà sociale più spregiudicata poneva alla loro attenzione. Risalgono a Giuliano alcune decisioni particolarmente significative ai nostri fini. Iniziamo da:

D. 38.16.6: Iul. 59 *digest. Titius exheredato filio extraneum heredem sub condicione instituit: quaesitum est, si post mortem patris pendente condicione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem legitima hereditas avi pertineret. Respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit.*

Tizio aveva diseredato l'unico figlio che aveva in potestà e aveva istituito sotto condizione un *extraneus*. Il figlio, non sposato alla morte del padre, si era in seguito ammogliato, aveva avuto un figlio ed era successivamente morto mentre però ancora pendeva la condizione dell'istituzione. Avveratasi la condizione in senso non favorevole all'istituto, caduta l'*heredis institutio*, il giurista veniva interpellato se l'eredità si sarebbe potuta devolvere a favore del nipote postumo. Giuliano risponde negando al nipote sia l'eredità civile che quella pretoria, in quanto, sulla base di un'interpretazione letterale del versetto contenuto

in Tab. 5.4, che chiamava all'eredità i discendenti diretti, cioè i *sui*, intendendosi ovviamente come tali anche i nipoti *ex filio* premorto o diseredato, come nel caso in questione, sarebbe stato ammesso alla successione *ab intestato* solo colui che *moriente eo de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit*²⁴.

Una soluzione, questa, in perfetta armonia con quanto lo stesso giurista afferma più oltre:

D. 38.16.8 pr.: *Idem 59 digest. Item praetor edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusorem vel potius cnaforikè§ accidit.*

Egli infatti negava pure la concessione della *bonorum possessio* ai postumi (*nepotes*) concepiti *post mortem defuncti*, precisando che costoro solo impropriamente potevano dirsi cognati²⁵.

Che il giurista adrianeo la pensasse in maniera così restrittiva giustifica d'altronde la decisione, passata alla storia, e contenuta nel famoso

²⁴ Sul testo vd., tra gli aa. più recenti, F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 65 ss., con letteratura precedente; II, cit., 45; ID., *Concepimento*, cit., 316 ss.; P. FERRETTI, *In rerum*, cit., 70 ss.; 111 ss.; M.V. SANNA, *Il concepito*, cit., 2 ss.

²⁵ Cfr. ancora F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 67; II, 46; ID., *Concepimento*, cit., 317, nt. 37.

D. 1.5.26: Iul. 69 *digest.* *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur [...]*

in base alla quale solo coloro che sono stati concepiti prima della morte del *de cuius* hanno diritto ad ereditare *ab intestato*.

Il suo non fu poi un orientamento isolato, trovando questa impostazione un seguito anche presso giuristi a lui successivi. Pure Ulpiano, esaminando una fattispecie analoga, richiese, per ereditare *ab intestato*, che il *nepos* fosse *mortis tempore in utero*:

D. 28.3.6 pr.: Ulp. 10 *ad Sab.* *Si quis filio exheredato nuru praegnante relicta decesserit et extraneum sub condicione instituerit et pendente condicione post mortem patris vel deliberante herede instituto de adenda hereditate exheredatus filius decesserit nepos fuerit natus, an rumpat testamentum? Et dicemus testamentum non rumpi, cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat. Plane si forte intestatus omiserit hereditatem, hunc avo suo futurum heredem ab intestato non dubitatur. Utrumque propriis rationibus: nam adgnascendo quidem is rumpit quem nemo praecedebat mortis tempore: ab intestato vero is succedit cui ante eum alii non est delata hereditas, non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, cum deliberante instituto decesserit. Sed haec ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit, ceterum si postea conceptus est, Marcellus scribit neque ut suum ne-*

que ut nepotem aut cognatum ad hereditatem vel bonorum possessionem posse admitti.

Un *pater familias*, dopo aver diseredato il figlio ed avere istituito un estraneo, muore lasciando in vita il figlio e incinta la nuora. La successiva morte del figlio e la nascita del nipote non determinano, afferma Ulpiano, una rottura del testamento, giacché al momento della morte dell'avo l'immediato successore, cioè il figlio del *de cuius*, risultava diseredato. Ma se l'istituito non accetta l'eredità, e si perviene alla chiamata *ab intestato*, le cose cambiano. Così come sarebbe stato chiamato il figlio in qualità di *adgnatus proximus*, poteva essere chiamato all'eredità il di lui erede diretto, purché concepito in vita del nonno. Il giurista di Tiro sottolinea infatti che *si postea concepus est, neque ut suum, neque ut nepotem .. ad hereditatem vel bonorum possessionem posse admitti*, attribuendo però a Marcello questa formulazione²⁶, che comunque è simile a quella che abbiamo visto essere stata usata da Giuliano²⁷.

²⁶ Cfr. P. VOCI, *Diritto*, II, cit., 644 s. e nt. 47; F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 68 s.; II, 47, nt. 30.; M. GARDINI, *Sviluppi giurisprudenziali intorno a XII Tab. 5.4*, in AA.VV., *Le Dodici Tavole dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, 322 ss.

²⁷ Ad entrambi si richiama infatti Ulpiano in D. 38.16.1.8: Ulp. 12 *ad Sab.* [...] *nam dicendum erit suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint: idque et Iuliano et Marcello placet.* E' di Ulpiano comunque pure D. 38.8.1.8: Ulp. 46 *ad ed.* *Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea condicione est, ut dici debeat obstare eum sequentibus: sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur. Sed hoc ita demum erit accipiendum, si hic qui in utero esse dicitur*

A Giuliano si richiama invece chiaramente Paolo in

D. 38.2.47.3: Paul. 11 *respons.* *Paulus respondit nepotem etiam post mortem avi conceptum superstite liberti bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere posse et ad hereditatem legitimam eius admitti: responsum enim Iuliani tantum ad hereditatem legitimam, item bonorum possessionem avi petendam pertinere.*

Per il giurista severiano, però, nell'ipotesi di concepimento e nascita di un nipote dopo la morte del nonno, questi potrà ottenere la *bonorum possessio contra tabulas* del liberto avito: e ciò in quanto, la decisione giuliana avrebbe riguardato solo la successione legittima e la *bonorum possessio* nei confronti dell'avo, con esclusione, quindi, di un'eventuale successione legittima del liberto di quest'ultimo da parte di chi era stato in fondo concepito quando il liberto era ancora in vita²⁸.

vivo eo de cuius bonorum possessione agitur fuit conceptus, nam si post mortem, neque obstat alii neque ipse admittetur, quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax fuerit. Questa opinione venne accolta pure in epoca giustiniana, come si ricava da I. 3.1.8: *Et licet post mortem avi (scil. nepos) natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre eius posteaque deserto avi testamento suus heres efficitur. Plane si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo desertoque postea avi testamento suus heres avo non existit, quia nullo iure cognationis patrem sui patris tetigit, [...]*. Sui testi in esame cfr., tra gli altri, F. LAMBERTI, *Studi*, cit., II, 46 s. e nt. 29; ID., *Concepimento*, cit., I, 319 ss.; P. FERRETTI, *In rerum*, cit., 86 s.; 168; M. GARDINI, *Sviluppi*, cit., 318 s.

²⁸ F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 68; II, 49; ID., *Concepimento*, cit., 320, nt. 43.

I brani esaminati permettono dunque di concludere come ai figli non ancora concepiti di una determinata persona vivente al tempo della morte del defunto non era riconosciuta alcuna capacità di ereditare *ab intestato*: una soluzione in linea con quanto emerge, come si è visto, dalla volontà del nostro legislatore *ex art. 462, terzo comma*, che ammette questi ultimi ad ereditare solo *ex testamento*.

3. *Le soluzioni escogitate dagli operatori del diritto riguardo ai concepiti nati post mortem patris oltre i limiti stabiliti che potessero attestarne una sicura paternità.*

La giurisprudenza romana ovviamente non conosceva le tecniche della procreazione assistita; tuttavia si pose il problema dei concepiti, nati *post mortem patris* oltre i limiti stabiliti che potessero attestarne una sicura paternità.

Ci illumina a questo proposito un brano di Gellio:

N.A. 3.16.12: Praeterea ego de partu humano praeterquam quae scripta in libris legi hoc quoque usu venisse Romae comperi: feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia, in undecimo mense post mariti mortem peperisse, factumque esse negotium propter rationem temporis quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent, sed divum Hadrianum causa co-

gnita decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse: idque ipsum eius rei decretum nos legimus. In eo decreto Hadrianus id statuere se dicit requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis.

L'erudito ricorda che i decemviri avevano fissato un termine ultimo ai fini del riconoscimento della paternità del nato, stabilendo appunto che si dovesse considerare figlio legittimo del defunto solo colui che fosse nato, al massimo, *in decem mensibus* dalla sua morte²⁹. Di fronte ad una donna di *honesti mores* e *non ambigua pudicitia* che aveva partorito all'undecimo mese, l'interpretazione restrittiva degli antichi precetti avrebbe quindi comportato il non riconoscimento del nato quale figlio del *de cuius*. Investito della questione, l'imperatore Adriano, *causa cognita*, avrebbe però risolto il caso con un *decretum*, stabilendo, sulla base di pareri di filosofi e medici antichi, che anche *in undecimo mense partum edi posse*, così permettendo alla donna di aver riconosciuto al figlio la qualifica di figlio legittimo del defunto marito³⁰.

²⁹ Dieci mesi era infatti anche il periodo che doveva far passare la vedova prima di contrarre un nuovo matrimonio, e ciò sulla base di una'antichissima norma, attribuita a Numa (Plut. *Numa* 12.2), che avrebbe così evitato il pericolo di una *turbatio sanguinis* (cfr. Ulp. 6 *ad ed.* D. 3.2.11.1). Sul *tempus lugendi* cfr., tra i tanti, M. HUMBERT, *Le remariage à Rome*, Milano, 1972, 113 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano, 1990, 104 ss., con bibliografia; adde F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 77 ss.; P. FERRETTI, *In rerum*, cit., 107 s.; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 27 ss.

³⁰ Sul testo in esame cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 73 ss.; II, 42; P. FERRETTI, *In rerum*, cit., 109 ss.; M.V. SANNA, *Il concepito*, cit., 1 ss.; EAD., *Spes nascendi – spes patris*, in *Annali Palermo.*, LV, 2012,

Che la decisione avesse avuto un valore limitato al caso specifico è certo, visto che ancora Ulpiano, a distanza di circa un secolo, ebbe ad affermare, nel libro 14 *ad Sabinum*³¹,

D. 38.16.3.11: *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.*

Se questa era la situazione riguardo alla successione legittima, ove l'apertura a favore del riconoscimento della paternità *post mortem patris* di soggetti che fossero nati oltre i limiti che ne avrebbero permesso una sicura attribuzione, i dieci mesi appunto, e che potevano quindi essere stati concepiti dopo la morte del genitore, poté essere attuata solo attraverso un intervento imperiale basato su cavilli filosofici e medici, diversamente dovettero stare le cose in riferimento alla successione testamentaria. E' ancora Gellio, nel prosieguo del brano ad informarci:

N.A. 3.16.13: *Hodie quoque in satura forte M. Varronis legimus, quae inscribitur Testamentum, verba haec «Siquis mihi filius unus pluresve in decem mensibus*

549 s., nt. 84; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 42 ss.; C. TERRENI, *Me puero venter*, cit., 224, nt. 173.

³¹ Ulpiano commenta in effetti Sabino, giurista del I secolo d.Cr.; tuttavia, dal tenore del passo è plausibile pensare che egli, nel riportare il pensiero del suo predecessore, ne riconoscesse la validità anche per la sua epoca. Sul testo cfr. per tutti R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova, 2001, 79; F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 57 (con altra bibliografia); 75 e nt. 61; II, 42 s. Vd. anche P. FERRETTI, *In rerum*, cit., 117, nt. 327.

gignantur, ii, si erunt Ónoi Úra\$, exheredes sunt; quod siquis undecimo mense kat¹, ‘Aristotélb\$ natus est, Attio idem quod Tettio ius esto apud me». 14: Per hoc vetus proverbium Varro significat, sicuti vulgo dici solitum erat de rebus nihil inter sese distantibus: «idem Atti quod Tetti», ita pari eodemque iure esse in decem mensibus natos et in undecim.

I versi che Gellio attribuisce ad una satira varroniana, intitolata *Testamentum*, nonostante il tono scherzoso³², permettono ugualmente di far presumere che nulla impedisse ad un soggetto di istituire eredi, come pure di diseredare, anche chi fosse nato dalla propria vedova *undecimo mense*.

Ma ancora più interessante è quanto l'erudito racconta più oltre:

N.A. 3.16.22: Sed quoniam de Homericò annuo partu ac de undecimo mense diximus quae cognoveramus, visum est non praetereundum quod in Plinii Secundi libro septimo naturalis historiae legimus. 23: Id autem quia extra fidem esse videri potest, verba ipsius Plinii posuimus: «Masurius auctor est L. Papirium praetorem secundo herede lege agente bonorum possessionem contra eum dedisse cum mater partum se tredecim mensibus tulisse diceret,

³² Il passo in questione, riferito da Gellio, ha infatti questo contenuto: «Se mi nasce un figlio, o più d'uno, entro dieci mesi, e saranno 'asini alla lira', io li diseredo; e se ne è nato uno nell'undicesimo, in regola con Aristotele, abbiano ugual diritto presso di me tanto Attio quanto Tettio», cioè, diremo noi oggi, tanto Caio che Sempronio. Su di esso cfr. F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 130 ss.

quoniam nullum certum tempus pariendi statutum ei videretur».

Gellio cita alla lettera un episodio, letto nel settimo libro della *naturalis historia* di Plinio³³, ove quest'ultimo ricordava come Masurio Sabino, il giurista più famoso dell'età di Tiberio, attestasse che il pretore Lucio Papirio³⁴, in un giudizio d'innocuità del testamento intentato da un erede in subordine, a danno di questi attribuì la *possessio* dei beni ereditari ad un bambino, plausibilmente istituito erede in primo grado, che la madre diceva di aver partorito dopo tredici mesi, ritenendolo dunque ugualmente figlio del *de cuius*; e la motivazione della sentenza fu che il defunto non si era curato di indicare il termine massimo della gestazione, oltre il quale il nato non si sarebbe più dovuto considerare figlio suo. Se dunque nella successione intestata lo *ius civile* prevedeva un termine massimo (dieci mesi) per l'ammissione del nascituro all'eredità paterna, nelle testamentarie, qualora il defunto nulla avesse specificato in proposito, non vi sarebbero stati, a giudizio del giurista, motivi concreti per invalida-

³³ Plin. 7.4.40: [...] *Masurius auctor est L. Papirium praetorem secundo herede lege agente bonorum possessionem contra eum dedisse, cum mater partum se tredecim mensibus diceret tulisse, quoniam nullum certum tempus pariendi statutum videretur.*

³⁴ Sulla data della pretura di *L. Papirius*, vd. per tutti R. HANSLIK, s.v. «*Papirius*, 62», in *PWRE.*, XVIII/3, Stuttgart, 1949, 1064; T.R.B. BROUGHTON, *MRR*. I, 400; II, 599. Sui dubbi circa l'identificazione di questo personaggio rinviamo comunque a F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 60, nt. 18.

re l'istituzione del concepito, anche se nato tredici mesi dopo la morte del *de cuius*³⁵.

I casi singolari che le fonti atecniche ci tramandano permettono pertanto di concludere come, al di là delle motivazioni “naturalistiche” escogitate per giustificarle, vi fosse una propensione degli operatori del diritto ad adottare soluzioni favorevoli al concepito che fosse nato oltre i tempi massimi che la natura e il diritto prevedevano per attribuirgli una sicura paternità, cioè i dieci mesi.

4. *Applicabilità di determinazioni analoghe nella realtà contemporanea.*

Nel nostro ordinamento, essendo precisato, al primo comma dell'art. 462, che *sono capaci di succedere solo coloro che sono [...] concepiti al tempo dell'apertura della successione*, sono stati conseguentemente visti come incapaci di succedere quanti siano nati *oltre i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta* (art. 462, secondo comma). E ciò, ancora una volta in linea con il pensiero dei giuristi romani riguardo alla successione dei concepiti, nati oltre il decimo mese dalla morte del soggetto da cui avrebbero dovuto ereditare.

³⁵ Sull'episodio cfr. R. ASTOLFI, *I libri*, cit., 79; C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, 98; F. LAMBERTI, *Studi*, cit., I, 60 ss.; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 43 s., nt. 106.

Questo però può valere solo per la successione legittima. Nulla può infatti escludere che, in base ad una libertà di testare che, seppur ridimensionata dalle norme sulla successione necessaria³⁶, ancora il nostro ordinamento garantisce al defunto, egli possa istituire eredi quanti nascono oltre i trecento giorni dalla sua morte. Soluzione che, si è visto, fu presa in considerazione anche presso i romani, quanto meno in riferimento a eventi “borderline”, come quelli di chi fosse venuto alla luce nel tredicesimo mese dalla morte del “presunto” padre, e giustificati ricorrendo ad opinioni filosofiche e mediche riguardanti il tempo della gestazione, riportate da naturalisti come Plinio il vecchio, e riferite da eruditi come Gellio.

Su questa base, ritornando alle domande che ci eravamo posti, si può dunque concludere come i problemi relativi all’inseminazione *post mortem* e all’impianto dell’embrione crioconservato avvenuto dopo l’apertura della successione, potrebbero trovare soluzione positiva anche se limitatamente alla successione testamentaria, cioè nell’ipotesi in cui il padre, prevedendo questi eventi, abbia eliminato ogni dubbio sulla capacità di succedere di quanti vengono concepiti ricorrendo a tali tecniche³⁷, e che per legge non pos-

³⁶ Sul punto ci sia permesso rinviare a G. COPPOLA BISAZZA, *La successione contra voluntatem defuncti tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milano, 2014, 3 ss.

³⁷ Tutto ciò al di là di ogni critica di tipo ideologico, tenendo semplicemente conto del dato oggettivo per cui l’embrione segna comunque l’inizio della vita umana: sul punto cfr. G. OPPO, *L’inizio della vita*

sono considerarsi suoi eredi diretti, data la limitazione imposta dall'art. 462 primo e secondo comma, dichiarando nel suo testamento di voler considerare tali i potenziali nascituri, così tutelando anche il suo diritto ad avere un discendente diretto, che attualmente non gli viene garantito. E questo nel pieno rispetto di quanto afferma il comma 3 dell'art. 6 della legge n. 40, che prevede come necessaria *la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita*.

Prescindendo da questa soluzione, sarebbe comunque auspicabile una regolamentazione più armonica di tutta la materia in esame, e ciò al fine di adeguare i principi e le categorie giuridiche tradizionali del diritto ereditario alle esigenze che sin dall'inizio del terzo millennio la legge sulla procreazione assistita ha prospettato. Non va pertanto sottaciuta l'esigenza di una rivisitazione, nella prospettiva successiva, della legge del 2004, come lo è stata rispetto ad altri profili, quali, ad esempio, quello riguardante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo che l'art. 4, comma tre della suddetta legge, vietava e che è stato recentemente ritenuto illegittimamente costituzionale³⁸, aprendo così

umana, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 499 ss.; ID., *Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 371 ss.; P. ZATTI, *Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 457 ss.

³⁸ In tal senso si è infatti espressa la Corte Costituzionale, con sentenza n. 162 del 2014. Su questa decisione vd. part. V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in

anche a coppie cui sia stata diagnosticata una causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili la possibilità di godere del dono della genitorialità.

ABSTRACT

Le diverse opinioni avanzate in dottrina circa la capacità di succedere del concepito ex art 462 c.c. sono state messe in discussione dall'affermarsi della pratica della procreazione medicalmente assistita, regolamentata in Italia dalla legge n. 40 del 2004.

Sia nel caso dell'embrione crioconservato e impiantato dopo l'apertura della successione che nel caso dell'inseminazione *post mortem*, il nascituro sarebbe infatti escluso dalla successione in quanto nella prima ipotesi bisognerebbe dimostrare di essere stato concepito prima dell'apertura della successione, anche se la nascita sia avvenuta oltre i trecento giorni (ex art. 462, 2 c.), nella seconda in quanto non concepito al

www.dirittifondamentali.it, 2014, 1 ss.; cfr. anche A. PALMA, *Il nascituro come problema 'continuo' nella storia del diritto*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, VII, 2014, part. 45 ss. Ma ancora più di recente la Corte Costituzionale è intervenuta altresì, con sentenza n. 96 del 2015, per dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi uno e due, e 4, comma uno della nostra legge nella parte in cui non consentivano di accedere alle su menzionate tecniche pure a coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili, permettendo così anche ad esse di avere con tranquillità un figlio sano.

tempo dell'apertura della successione (art. 462, 1 c.).

L'a. si chiede se, al riguardo, sia opportuno muoversi interpretando la legge in modo restrittivo o evolutivo. Una risposta potrebbe ricavarsi dalle fonti romane. Se, infatti, in riferimento ai concepiti *post mortem* di figli viventi alla morte del *de cuius* le soluzioni fornite dalla giurisprudenza romana risultano in linea con l'orientamento seguito dal nostro legislatore (art. 462, 3 c.), a proposito dei concepiti, nati *post mortem patris* oltre i limiti stabiliti che potessero attestarne una sicura paternità, gli operatori del diritto, in quella realtà, furono propensi ad adottare soluzioni favorevoli al nascituro, almeno tutte le volte in cui vi fosse una esplicita o implicita volontà del "genitore" di considerare suoi figli legittimi anche quanti fossero nati oltre i dieci mesi dalla sua morte.

Le questioni prima prospettate potrebbero perciò trovare soluzione favorevole al concepito, anche se limitatamente alla successione testamentaria, quando cioè il padre dichiara nel suo testamento di voler considerare figli, a tutti gli effetti, pure quanti nascono in seguito ad inseminazione *post mortem* o ad impianto di embrione crioconservato, avvenuto sempre dopo l'apertura della successione.

Several assumptions have been made by jurists about the capacity to inherit of the unborn, pursuant art. 462 c.c., and they have been ques-

tioned by the practise of assisted reproduction, regulated in Italy by law n. 40 of 2004.

In both cases of a cryopreserved embryo that is implanted after the opening of the succession and of *post mortem* inoculation, the unborn would be excluded from the inheritance because in the first case one should prove that he was conceived before the opening of the succession, even if the birth happened after more than three-hundred days (pursuant art. 462, 2nd par.), in the second case because he hadn't been conceived yet when the succession was opened (art. 462, 1st par.).

The author questions whether it's right to interpret the aforesaid law in a restrictive or evolutive way. Some answer could be acquired from Roman texts. Infact, if on one hand for what concerns unborn *post mortem* conceived by children that are alive in the moment of death of the *de cuius* the solutions given by Roman jurisprudence are similar to the ones given by our lawmaker (art. 462, 3rd par.), as for unborn children that are born *post mortem patris* over the limits of law that could certify paternity, jurists of that age adopted solutions that were favorable for the unborn, at least for all those times in which there was an explicit or implicit will of the 'parent' to consider as legitimate children even those that were born after over ten months from his death.

These problems could find a positive solution for the unborn, but limited only to testate estate, when the father states in his will that he wants to

consider as legitimate children even those that are born after *post mortem* insemination or cryo-preserved embryo implantation occurred after the opening of the succession.

GIOVANNA COPPOLA

Professore ordinario di Diritto Romano

Università degli Studi di Messina

E-mail: gcoppola@unime.it