

# Madre e figlio concepito: due persone

di Franco Vitale

## Spunti per superare il disposto dell'art. 1 cod. civ. del 1942

### 1. Considerazioni generali.

L'ordinamento giuridico è stabilito dall'uomo per la sua vocazione alla polis<sup>1</sup>, ed è espressione della comunità perché sia consentita regolare convivenza e nel contempo si provveda alla tutela della esistenza e del perdurare della stessa.

Ogni essere umano si pone in relazione con l'ordinamento perché è membro della comunità, e non si esclude dal legame di vita con la società.

Sussiste, quindi, un rapporto tra ciascun appartenente alla comunità e l'ordinamento giuridico, il quale determina, in capo ad ogni partecipe, la soggettività dei diritti e doveri fissati

per la convivenza. La soggettività si identifica con la personalità di ordine giuridico; quest'ultima meglio esprime la connessione con la realtà ontologica del soggetto cui, per la sua dignità umana, si ascrive la titolarità dei diritti<sup>2</sup>.

Per il principio personalista e per il principio di uguaglianza, accolti dalla Costituzione Italiana agli artt. 2 e 3, la personalità giuridica compete ad ogni essere umano, e, quindi, anche al nascituro concepito.

L'ordinamento giuridico non ammette discriminazioni fra i soggetti, pena il venir meno della sua funzione di regola e sostegno della società che

<sup>1</sup> Cfr. F. Olgiati, Il concetto di giuridicità in S. Tommaso d'Aquino, Milano, 1951, Vita e Pensiero ed., pag. 137 e segg.

<sup>2</sup> Cfr. Capograssi, Il diritto dopo la catastrofe, Milano, 1959, pag. 185: "Non la persona ha il diritto, la persona è il diritto".

lo ha istituito, con la conseguenza per quest'ultima del suo dissolversi più o meno rapidamente.

## 2. Il diniego della personalità giuridica del concepito.

2.1 L'eccezione difetto, per il concepito, della capacità giuridica, ai sensi dell'art. 1, comma 1, codice civile.

Si è, sopra, affermato che la personalità di ordine giuridico spetta al nascituro concepito.

La dottrina civilista in larga parte nega l'asserto<sup>3</sup>, ed adduce che per l'art. 1, comma 1, cod. civ., la capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. Nel contempo si definisce la capacità giuridica come attitudine ad essere titolare di diritti e doveri e la si identifica con la personalità giuridica<sup>4</sup>. Ne consegue che il nascituro concepito non ha la capacità giuridica, non è persona, non è soggetto titolare di diritti, ma trovasi in "situazione giuridica" oggetto di tutela.

### 2.2 Rilievi critici.

La suddetta concezione è, quanto meno riduttiva; e non avverte le contraddizioni insite nelle sue affermazioni. L'uomo è un prius rispetto all'ordinamento; le normative da questo statuite non possono sconvolgere l'essere e la dignità

di chi ne è l'artefice, né creare discriminazioni.

L'uomo provvede all'organizzazione, e disciplina la convivenza; è, dunque, il soggetto che dispone ed al quale non si può non riconoscere i diritti che egli stesso ha stabilito. È del tutto contraddittorio a lui negarli, salvo che lo stesso non si sia volontariamente posto contro l'ordine fissato dalla collettività; ma, pur nel caso di violazione delle leggi, non viene meno la dignità umana che compete anche al reo di delitti.

La Costituzione Italiana riconosce e garantisce i diritti inviolabili che appartengono all'uomo nel contesto del suo sviluppo, ai sensi degli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.

La rilevanza costituzionale dello sviluppo<sup>5</sup> è data dal riferimento dell'art. 2, prima parte del comma unico, Cost., allo svolgersi della personalità dell'uomo "come singolo" e "nelle formazioni sociali", e dal comma 2 dell'art. 3 Cost., ove si stabilisce che la Repubblica deve rimuovere "gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana".

Lo sviluppo è un valore costituzionale<sup>6</sup>, un bene dell'uomo ed attiene a tutto l'arco della vita, a partire dal concepimento.

<sup>3</sup> Ex multis: S. Pugliatti, Gli istituti di diritto civile, I, Milano, 1943, 108; P. Rescigno, Nascita, in Dig. disc. priv. Sez. civ. XXIII, Torino, 1955, 11; C.M. Mazzone, La tutela reale dell'embrione, in N.G.C.C., 2003, II, 457 e segg.; G. Lipari, Legge sulla procreazione artificiale e tematiche legislative, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2015, 515 e segg.

<sup>4</sup> Cfr. F. Galgano, Trattato di Diritto Civile, vol. I, III Ediz., CEDAM, 2015, pagg 144 e segg.; P. Cendon, Commentario al codice civile, Giuffrè edit., 2009, vol. I, 474; Tamburrino, Le persone fisiche, UTET, 1999, 184.

<sup>5</sup> Sul tema mi sono intrattenuto in un precedente elaborato: cfr. F. Vitale, La personalità di ordine giuridico del nascituro concepito secondo il vigente diritto di famiglia, in Iustitia, 3/2016, pagg. 357 e segg., in particolare pag. 370.

<sup>6</sup> Cfr. A. Nicolussi, Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il così detto biodiritto, in Europa e diritto privato, 4/2009, pag. 1 e segg.

Pertanto, il nascituro concepito acquisisce i diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione, ed è persona di ordine giuridico.

Si aggiunga che la teoria, qui non accolta, non prevede per la persona fisica una tutela giuridica di carattere unitario ed egualitario che assista l'intero svolgersi della sua vita, cui, invece, viene attribuita rilevanza frazionata e di non pari valenza.

Prova ne sia che, negando al concepito la personalità di ordine giuridico, la protezione della vita prenatale si affievolisce, e può cessare in caso di conflitto, come si verifica nell'aborto volontario ove, ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge n. 194 del 1978, la c.d. autodeterminazione della madre prevale sul figlio concepito.

Che dire, poi, dell'embrione umano prodotto, nella "procreazione medicalmente assistita", in sovrannumero e crioconservato, a fronte dell'insistenza per la destinazione ad oggetto della ricerca scientifica con conseguente distruzione? Eppure siamo in presenza di un essere umano, individuo irripetibile, con il programma di vita e di continuo sviluppo<sup>7</sup>.

Vi è, poi, il rischio che le conseguenze di una limitata e precaria tutela del concepito si ripercuotano su altre

situazioni fragili o altri periodi di vita: viene da pensare al soggetto invalido o affetto da malattie croniche, a chi è di età molto avanzata, ed alla fase terminale del vivere. Infine, è doveroso il richiamo dell'art. 22 della Costituzione, secondo il quale nessuno può essere privato dalla capacità giuridica; ciò vale, ovviamente, anche per il nascituro concepito, che è un essere umano come tutti gli altri individui ai quali si riferisce la predetta norma. Necessita, quindi, un'ulteriore e più approfondita riflessione per superare l'art. 1 del codice civile, sul quale fanno leva le concezioni che disattendono il valore e la rilevanza giuridica della vita prenatale.

### 3. Personalità giuridica e capacità giuridica.

La personalità giuridica attiene all'uomo, in quanto soggetto di diritti, riconosciuti e garantiti dalla Costituzione in relazione al suo sviluppo continuo a partire dalla genesi della vita. La capacità giuridica non si identifica con la personalità di ordine giuridico, anche se ad essa connessa. Ritenendo, invece, che la capacità giuridica coincida con la personalità, si incappa nel disposto dell'art. 1, comma 1, c.c., che, poiché nega la capacità giuridica al

<sup>7</sup> Al fine di riferire su tanti attestati scientifici relativi all'embrione umano, mi permetto, per brevità, indicare: F. Vitale, *La vita prenatale: Spunti per la tutela*, in *Vitanews.org* 10.11.2017 del Movimento per la Vita Italiano, pagg. 7-10.

concepito, ne esclude la personalità e provoca la discriminazione fra la vita prenatale e quella dopo la nascita: si verifica, così, il contrasto con le norme sopra citate della Costituzione.

Si potrebbe ipotizzare l'intervento del legislatore ordinario per modificare l'art. 1, comma 1, del codice civile, stabilendo che la capacità giuridica si acquista al momento del concepimento.

Si rileva, però, che le maggioranze parlamentari, successive alla entrata in vigore dell'attuale Costituzione Italiana, hanno sempre disatteso la richiesta di cambiamento, anche presentata con proposta di legge di iniziativa popolare<sup>8</sup>. Si potrebbe intendere in altro modo il concetto di capacità giuridica<sup>9</sup>. Si fa riferimento a dottrina non recente, ma autorevole<sup>10</sup>, secondo cui la capacità giuridica introduce un concetto di "misura...", "un quantum suscettibile di misurazione" a riguardo della titolarità dei rapporti giuridici.

La predetta dottrina definisce la capacità giuridica quale "misura della idoneità del soggetto ad essere titolare di rapporti giuridici". Con la capacità giuridica si determina la quantità dei rapporti giuridici, e conseguenti diritti e doveri, spettanti al soggetto giuridico, in ordine al quale

è dato riscontrare una maggiore o minore capacità. Si può ipotizzare una limitazione delle capacità giuridica, ma ciò non può dirsi per la personalità giuridica.

L'uomo è soggetto di diritto per la sua natura, e per la sua dignità: non può essere più o meno persona, più o meno soggetto.

Diversamente si determina il contrasto con il nostro assetto costituzionale; ma, prima ancora, dire: "più o meno persona", è del tutto irrazionale e contraddice alla unicità dell'essere umano, individuo irripetibile e non frazionabile.

"Persona si è, oppure non si è".

La capacità giuridica nell'accezione sopra riportata può variare durante la vita del soggetto in relazione a fatti o condizioni che possono ridurla<sup>11</sup>. Si possono citare alcune cause limitatrici:

- l'età in relazione all'art. 84 cod. civ; ai sensi dei commi 1 e 2, i minori di anni sedici non possono assumere la titolarità dello stato di coniuge;
- l'interdizione perpetua dai pubblici uffici priva il condannato dell'ufficio di tutore o di curatore, anche provvisorio, e di ogni altro ufficio attinente alla tutela o alla cura; ciò per il disposto dell'art. 28, comma 2, numero 3 del codice penale<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. Proposta di legge di iniziativa popolare, annunciata nella Gazzetta Ufficiale del 5.1.1995 n. 4 a norma dell'art. 71, comma 2, della Costituzione e degli artt. 48 e 49 L. 25.5.1970 n. 3; cfr. Carlo Casini – Marina Casini Bandini, *La Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e la capacità giuridica del concepito*, in Movimento per la Vita Italiano, I ediz. 2019: a pag. 91 è riportato il testo della proposta di legge di iniziativa popolare per modificare l'art. 1 del codice civile.

<sup>9</sup> Ripercorro un precedente lavoro: F. Vitale, *La vita prenatale: Spunti per la tutela*, op. cit. pagg. 20-25.

<sup>10</sup> Cfr. Domenico Barbero, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato*, UTET, 1950, vol. I, pag. 139 e segg.

<sup>11</sup> Cfr. D. Barbero, op. cit., pag. 143

<sup>12</sup> Cfr. D. Barbero, op. cit., loc. cit.; il chiaro autore precisa che le suddette circostanze non riguardano la capacità di agire in relazione a certi rapporti, ma in effetti escludono l'assunzione da parte del soggetto in questione "della stessa titolarità" incidendo sulla capacità giuridica.

Nell'ambito della vita prenatale si può notare che il concepito, per i diritti della persona, ha capacità giuridica, come sopra intesa, differente.

Nella procreazione artificiale eterologa non si ammette il diritto all'identità; non è dato, infatti di conoscere uno, o tutti e due i genitori naturali.

In questo caso la capacità giuridica è limitata; ma l'embrione costituito in provetta rimane, per la scienza e per il nostro ordinamento, un essere umano: è persona.

#### 4. Le teorie sulla capacità giuridica.

##### 4.1 La teoria atomistica.

La distinzione tra personalità giuridica e capacità giuridica non è stata accolta dalla prevalente dottrina civilistica; e si è continuato ad insistere sulla identità tra personalità giuridica e capacità giuridica. Su quest'ultima due sono le teorie che si sono sviluppate ed hanno trovato parziale consenso: l'una è detta "atomistica", l'altra è la "teoria organica". La prima si riporta alla teoria del Kelsen<sup>13</sup>, il quale ritiene che per ogni norma vi è un soggetto.

Si è, però, osservato che in tal modo non si può individuare "un soggetto che abbia una realtà giuridica per sé stante ed in cui confluisca la totalità delle norme dell'ordinamento

giuridico"<sup>14</sup>.

La suddetta critica al Kelsen è stata mossa dall'insigne giurista Falzea, per il quale "ogni condotta regolata dalla norma" consiste "in un determinato tipo di attività" ed ogni attività viene compiuta "da un soggetto umano". È "contraddittorio parlare di norma e sistemi normativi non collegati ad un soggetto".

Falzea rileva che Kelsen, configurando il soggetto all'interno di ogni singola norma, nega "ogni più ampio valore"; ed, in conseguenza, osserva: "per tale teoria ogni norma ha il suo soggetto" e, perciò, non si può "andare oltre una concezione atomistica della soggettività". Infine, riportiamo come conclusione: "Non è concepibile un sistema di norme che non si richiami ad un soggetto come a suo punto necessario di riferimento"<sup>15</sup>.

Notiamo che la critica di Falzea al Kesen può rivolgersi alle teorie che escludono la soggettività del nascituro concepito. Questi è destinatario di un'ampia normativa e gode dei diritti attribuiti. Il sistema della tutela giuridica prenatale comprende:

- i diritti della persona riconosciuti al concepito e garantiti dalla Costituzione, come alle norme degli articoli 2, 3, 22, 29, 30, 31 e 32 Cost.;

<sup>13</sup> Hans Kelsen, *Teoria Generale del diritto e dello Stato*, trad. Cotta e Treves G., Milano, 1952.

<sup>14</sup> A. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VI, Milano, 1960, pag. 10 e segg.; id., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.

<sup>15</sup> Cfr. A Falzea, op. cit., pag. 10

- i diritti previsti dalle leggi sul diritto di famiglia; in particolare si indica la riforma della filiazione attuata con la legge 10 dicembre 2012 n. 219 (in Gazz. Uff. 17 dicembre n. 293) e con il Decreto Legislativo 28 dicembre 2013 n. 154 (in Gazz. Uff. 8 gennaio n. 5): il concepito ha lo stato di figlio, non ancora nato, con tutti i diritti previsti dell'art. 315 bis cod. civ., introdotto dalla predetta L. n. 219/2012;
  - i diritti stabiliti dalla legislazione sul lavoro, attinente alla lavoratrice nel periodo di gravidanza. Tali disposizioni determinano una pari tutela della madre e del figlio che ha in seno;
  - i diritti affermati dalla legge 40 del 19.2.2004 in tema di procreazione medicalmente assistita; all'art. 1, comma 1, è espressamente detto che la legge "assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito". Si intende l'importanza della predetta norma: il concepito viene qualificato – dal diritto positivo – soggetto di diritto che, alla pari delle altre persone coinvolte, è titolare dei diritti fissati nella P.M.A.;
  - la legge sui Consultori familiari del 29 luglio 1975 n. 405 (in Gazz. Uff. 27 agosto 1975, n. 227), all'art. 1, fra le finalità del servizio di assistenza alla maternità, sancisce, alla lettera c) del comma 1, la tutela della salute della donna e del concepito. Le dottrine, che disconoscono la soggettività del concepito, incontrano la suddetta critica del Falzea; infatti, secondo gli argomenti dalle stesse addotti, ci si trova di fronte ad un sistema di norme sul nascituro concepito che rimane acefalo, privo del soggetto. Si cita altra dottrina che non condivide la teoria atomistica. A questa si addebita il frazionamento del soggetto in molteplici situazioni e condotte disciplinate da singole norme, così che si viene ad estromettere l'individuo dal mondo del diritto<sup>16</sup>. Osserviamo che la critica del frazionamento del soggetto può investire le teorie che disattendono la personalità del nascituro concepito; in effetti, rispetto alla unicità, e continuità dell'uomo – volute dalla Costituzione – le predette dottrine spezzano il soggetto umano in due tronconi, al primo del quale (il nascituro concepito) viene tolta la rilevanza di persona, con degrado ad oggetto.
- 4.2 La teoria organica.**  
 Detta teoria è sostenuta dalla dottrina del Falzea, secondo il quale "la soggettività giuridica si manifesta

<sup>16</sup> Cfr. Stanzione, La capacità giuridica, in Commentario al codice civile, a cura di P. Cendon, Giuffrè edit., 2009, vol. I pag. 499.



nella capacità giuridica e nella capacità di agire”<sup>17</sup>.

Non si accetta la scissione fra capacità giuridica e personalità giuridica; per il Falzea la capacità giuridica coincide con la personalità.

La capacità giuridica indica “la posizione generale del soggetto in quanto destinatario degli effetti giuridici”. Questi “si collegano necessariamente ad un soggetto”<sup>18</sup>.

Il predetto concetto giuridico ben può applicarsi al concepito nascituro; ma per la tesi in esame spetta al legislatore attribuire la capacità giuridica. Può essere data a tutti i cittadini, o solo ad alcune categorie<sup>19</sup> ed in un certo tempo, così alla nascita per le persone fisiche a sensi dell’art. 1 cod. civ.<sup>20</sup>, od in un diverso momento.

Devesi, però, osservare che la teoria organica non considera che è proprio il legislatore costituente che ha sancito la personalità giuridica (o la capacità giuridica per chi non pone distinzione) del nascituro concepito con gli articoli 2, 3 e 32 Costituzione, alle quali norme, relativi principi e diritti, contraddice l’art. 1, comma 1, del codice civile del 1942.

Per il nascituro concepito, stando alla tesi in questione, invece di soggettività giuridica può parlarsi di “tutela preventiva degli interessi soggettivi di

un soggetto futuro”<sup>21</sup>, a sensi dell’art. 1 cod. civ., per il quale “i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita”. In conclusione, anche la teoria organica della capacità giuridica si pone in contraddizione con quanto voluto dalla Costituzione, che riconosce i diritti inviolabili dell’essere umano, e ne garantisce lo sviluppo sin dal concepimento; pertanto, il concepito è persona di ordine giuridico.

## 5. Superamento dell’art. 1 codice civile.

5.1. Vari autori non accettano l’asserto della identificazione della capacità giuridica con la personalità giuridica. Dottrina di notevole seguito<sup>22</sup> ha ripreso la distinzione tra capacità giuridica e personalità, e considera quest’ultima diritto inviolabile dell’uomo, che viene collocato al centro dell’ordinamento giuridico; la capacità giuridica viene intesa come strumento per l’imputazione delle situazioni giuridiche<sup>23</sup>. Altra dottrina<sup>24</sup>, in sostegno della dignità dell’embrione, esclude che l’art. 1 codice civile ostacoli il riconoscimento della personalità del concepito. A tal fine delinea la scissione tra soggettività e capacità giuridica; quest’ultima è “semplice attributo dell’individuo”, la

<sup>17</sup> Cfr. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, cit. pag. 9.

<sup>18</sup> Cfr. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, cit. pag. 10.

<sup>19</sup> Cfr. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, cit. pag. 34.

<sup>20</sup> Cfr. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, cit. pag. 34.

<sup>21</sup> Cfr. Falzea, *Capacità /teoria generale*, cit. pag. 35.

<sup>22</sup> Cfr. P. Perlingieri, *La tutela dell’embrione*, in id. *La persona ed i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli 2005, pag. 311 e segg.; cfr. id. *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, pag. 137 e segg.

<sup>23</sup> Cfr. Carolina Perlingieri, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, sub art. 1 (capacità giuridica), pag. 254.

<sup>24</sup> Cfr. A. Scalisi, *Lo statuto giuridico dell’embrione umano alla luce della legge 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e Diritto*, 2005, pag. 203 e segg.; in particolare vedasi pag. 206.

soggettività spetta alla persona nella sua "evoluzione biologica". Viene richiamata la pregevole tesi di Busnelli e Palmerini <sup>25</sup>, secondo cui per "la protezione che il testo costituzionale accorda al concepito" si può "svalutare il concetto di capacità giuridica", ritenendolo non "coesistente alla titolarità di situazioni giuridiche di carattere ... esistenziale", cioè dei diritti inviolabili dell'uomo. Rimane, valida "l'interpretazione che distingue soggettività giuridica e capacità" e "restituisce alla prima categoria una gravidanza autonoma rispetto all'art. 1 c.c. tanto da rendere superflua una sua modifica".

I diritti inviolabili dell'uomo, secondo Busnelli e Palmerini, "non si misurano con il metro della capacità giuridica, ma sono connaturali alla persona nella concezione dinamica che la Costituzione esprime" <sup>26</sup>.

Si cita, inoltre, altra dottrina <sup>27</sup> che sostiene in chiara e significativa sintesi: "è proprio la legalità costituzionale a richiedere all'interprete l'abbandono della categoria di derivazione pandettistica per approdare ad una idea ... di persona nella quale è la qualità umana da sola a riferirle tutte quelle situazioni soggettive che sono di necessità nella sua titolarità".

Piace riportare il pensiero di

Schlesinger <sup>28</sup>. Il chiaro autore non accetta che l'inizio della persona sia rimesso all'art. 1, comma 1, cod. civ., il cui "presupposto indispensabile" è "la separazione del feto dal corpo materno"; e disapprova che la nascita, cioè "un dato puramente materiale, fisico, corporale", venga assunta "nell'ambito di un processo di sviluppo continuo" a "sparti - acque ... tra nati e non ancora nati, tra due categorie che hanno in comune la presenza dell'elemento più importante, quello portatore della psiche, dello spirito (volendo bandire ogni richiamo all'anima), dell'intelligenza, della capacità immateriale di percepire e sentire voci, emozioni, affetti ...".

5.2. Si annota che anche tra dottrine contrarie alla personalità del concepito si avvertono perplessità in merito.

Oppo esclude la personalità in capo all'embrione, ma rileva che "la persona in formazione non è cosa": la realtà in formazione è uno stadio della stessa realtà formata.

L'insigne giurista affida alla scienza, e non ai concetti giuridici, l'accertamento del momento della gravidanza in cui si possa dire "se l'uomo vi sia" <sup>29</sup>. Nel pensiero di Oppo vi è la difesa della vita prenatale: nella gestazione, quando si ha la vita autonoma del

<sup>25</sup> Cfr. Busnelli - Palmerini, *Clonazione*, in Dig. disc. priv. sez. civile, Primo Aggiornamento, Torino, 2000, pag. 158.

<sup>26</sup> Cfr. Busnelli - Palmerini, *Clonazione*, op. cit., pag. 157.

<sup>27</sup> Cfr. R. Landi, *Compromissione prenatale del legame genitoriale e risarcibilità del danno al concepito. Applicazioni diacroniche del rimedio acquiliano*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2012, pag. 1424.

<sup>28</sup> Cfr. Schlesinger, *Il concepito e l'inizio della persona*, in Riv. Dir. Civ., 2008, I, 247 e segg., in particolare pag. 256.

<sup>29</sup> Cfr. G. Oppo, *L'inizio della vita umana*, in Riv. Dir. civ., 1982, pag. 522.



feto (- a sensi dell'art. 7, comma 3, L. 194/1978), questo è persona ed "ha diritto alla vita piena"<sup>30</sup>. Oppo, quindi, lascia da parte il disposto dell'art. 1, comma 1, cod. civ., e lo supera.

## 6. I diritti del concepito.

Sopra, al paragrafo 4.1, si è indicato il sistema dei diritti di cui gode il concepito.

Ai fini di rilevare alcuni aspetti di novità a favore della vita prenatale, è bene soffermarsi sulla riforma della filiazione 2012-2013<sup>31</sup>. L'art. 315 c.c., ora in vigore per la sostituzione disposta dall'art. 1, comma 7, L. 291/2012, stabilisce lo stato giuridico del figlio: "Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico". Non vi è più differenza tra figli legittimi e figli naturali.

La riforma ha seguito i principi costituzionali personalista e di uguaglianza; a riguardo si osserva:

- l'art. 231 c.c., sostituito dall'art. 8 del Decreto Legislativo n. 154 del 2013 dispone in tema di "Paternità del marito" che "il marito è il padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio";
- l'art. 250 c.c. modificato dalle riforme del 1975 e del 2012, consente che il padre e la madre riconoscano, con le modalità stabilite dall'art. 254 c.c., il

figlio nato o concepito fuori dal matrimonio, anche se all'epoca del concepimento erano uniti in matrimonio con altra persona;

- l'art. 254 c.c., modificato dal Decreto Legislativo n. 154/2013 con l'art. 25, prevede che il riconoscimento sia fatto sull'atto di nascita, ed anche "con apposita dichiarazione posteriore alla nascita o al concepimento" davanti all'Ufficiale dello stato civile, o in un atto pubblico o in un testamento.

Si sottolinea che è idonea al riconoscimento la dichiarazione posteriore al concepimento ed anteriore alla nascita: può essere riconosciuto il figlio non ancora nato, ma concepito.

Ineccepibile la conclusione: il nascituro concepito è figlio; per il legislatore del 2012/2013, quanto agli effetti, non vi è alcuna differenza fra figlio nato e figlio concepito e non ancora nato. Lo stato giuridico del figlio concepito comporta vari diritti. L'art. 315 bis c.c., introdotto, dopo l'art. 315 c.c., dalla legge n. 219/2012, al comma 1 dispone che il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito normalmente dai genitori nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni.

<sup>30</sup> Cfr. G. Oppo, *Ancora su persona umana e diritto*, in Riv. Dir. civ., 2007, I, pag. 261.

<sup>31</sup> Sulla riforma della filiazione chiedo venia per il richiamo di: F. Vitale, *La personalità di ordine giuridico del nascituro concepito* ... op. cit., pag. 359 e segg.; id. *La vicenda della protezione legale del concepito e l'art. 1 del codice civile italiano del 1942*, in *Si alla vita web*, Rivista del Movimento per la Vita Italiano, aprile 2020.

La norma, certamente, si applica al nascituro concepito (- è figlio -). Pertanto, bene si afferma che il concepito ha diritto di essere mantenuto - ovviamente in vita - e ad avere tutte le cure necessarie, con la conseguente responsabilità dei genitori a sensi dell'art. 316 cod. civ., come sostituito dall'art. 39 D.Lgs. n. 154/2013.

Per il riferimento della norma alla "sua capacità ... e inclinazioni naturali", si accredita il diritto del concepito a nascere.

Il secondo comma dell'art. 315 bis prevede il diritto del figlio a crescere in famiglia. Il diritto alla crescita del nascituro concepito si traduce nel diritto allo sviluppo in utero per la generazione secondo natura, mentre per l'embrione costituito in provetta - essere umano e persona - si ha il diritto all'impianto in utero e sviluppo durante il periodo di gravidanza della madre.

I suddetti diritti della persona, di cui è titolare il concepito, durante la gestazione si completano, per il godimento, con il diritto alle risorse, cioè ai beni che ne permettono il sostentamento.

Questo non può attuarsi se non con il necessario tramite della madre, che deve disporre, a beneficio del figlio in

grembo (- oltre che, ovviamente, per sé stessa -) dei beni per la nutrizione e per l'abitazione.

Il diritto di ogni figlio ad essere mantenuto è diritto personale ed ha anche carattere di diritto patrimoniale per il riferimento, ovvio, alle risorse.

Nella vita prenatale il predetto diritto personale ad essere mantenuto ed allo sviluppo in utero compete al nascituro concepito che ne è titolare.

Il diritto in parola, però, presenta di necessità anche il carattere patrimoniale; dovrebbe, quindi, connettersi all'evento della nascita.

Appare, però, evidente che non si può attendere l'esito del parto, ai fini dell'attribuzione, ed il godimento, del diritto alla disponibilità di risorse e di beni necessari al sostentamento ed all'abitazione del figlio e della madre durante il periodo della gravidanza.

Quanto precede fa scorgere altra contraddizione insita nel legare alla nascita la personalità del concepito.

In effetti, la considerazione sopra esposta è significativa, ad esempio, con riguardo al bonus per la maternità. Esso potrebbe essere concesso, non solo a favore del figlio nato, ma anche del figlio nel seno della madre, a partire dall'inizio della gravidanza, che, come attesta la biologia, coincide con il concepimento.

In ipotesi, da disattendere, negando la soggettività prenatale, l'aiuto predetto verrebbe escluso perché non si è ancora verificato l'evento della nascita, fatto che si assume ad elemento condizionante il beneficio di carattere patrimoniale a favore del concepito e, quindi, anche le provvidenze erogande dalle Istituzioni pubbliche o da private associazioni di solidarietà.

Altra situazione, cui può farsi riferimento, attiene al rapporto privilegiato tra ascendenti e nipoti, ai sensi dell'art. 317 bis, c.c., come sostituito dall'art. 42, D.Lgs. n. 154/2013. Nel suddetto rapporto si colloca anche il nipote più giovane, il nascituro concepito, che è persona alla pari degli altri nipoti.

Per il disposto dell'art. 316 bis, primo comma, inserito nel codice civile dall'art. 40 del Decreto legislativo n. 154 del 2013, i genitori sono tenuti all'adempimento dei propri obblighi nei confronti dei figli; fra detti doveri è di fondamentale importanza l'obbligo del mantenimento.

Se ai genitori mancano i mezzi sufficienti, il legislatore ha previsto l'apporto degli ascendenti, "in ordine di prossimità", per sopperire al sostentamento dei nipoti (ed alla necessità dell'abitazione).

I mezzi vengono forniti ai genitori, ma la causa dell'intervento dell'ascendente è data dalla presenza dei nipoti e dei bisogni degli stessi.

Poniamo mente, all'inizio e durante il corso della gravidanza, alla madre che è rimasta sola, priva di mezzi, ed abbandonata dal marito o dal partner. Non può dubitarsi, stando alle norme sopracitate, che gli ascendenti debbano fornire i mezzi per il sostentamento del nascituro concepito, che è figlio e nipote.

L'obbligo, cui non può sottrarsi l'ascendente, è propriamente dato dalla presenza, nella realtà esistenziale e nel rapporto giuridico in esame, del nascituro, concepito in costanza di matrimonio, o al di fuori del matrimonio e riconosciuto a sensi art. 254 cod. civ.

Il diritto ad essere mantenuto in vita spetta al nipote concepito nascituro; e si fa valere sia nei confronti della madre, necessariamente, che verso l'ascendente, tenuto per legge.

Il secondo comma dell'art. 316 bis prevede, per l'inadempimento ai suddetti doveri, il ricorso al Presidente del Tribunale, che può essere esperito da "chiunque vi abbia interesse"; legittimata è quindi, la madre, ma è anche chi "sopporta le spese di mantenimento".

Detto "mantenimento" concerne il figlio in grembo, ed anche, di necessità, la madre sfornita di ogni risorsa. Sul punto si può pensare ad un Istituto o Associazione di volontariato che provveda a casi di notevole bisogno.

La fattispecie sopra delineata (- non tanto lontana dalla realtà -) fa spiccare, per il concepito nascituro, i diritti della persona (- alla vita, allo sviluppo in utero, alla nascita -) coesenziali con il necessario diritto al mantenimento (e all'abitazione), anche se aver risorse e beni a tal fine è diritto a carattere patrimoniale.

Si torna, quindi, alla evidenza della contraddizione insita nella identificazione della capacità giuridica con la personalità giuridica che viene attribuita alla nascita. Non si può certamente attendere tale momento per avere il sussidio dei beni e risorse patrimoniali per il mantenimento del figlio in grembo (- che è persona alla pari dei soggetti di diritto -) e della madre priva di mezzi.

Infine, devesi mettere in evidenza l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione che con la sentenza della Sezione I civile dell'8 agosto 2014 n. 17811 <sup>32</sup> riconosce in capo al nascituro concepito diritti di carattere patrimoniale <sup>33</sup>.

In questa decisione il Supremo

Collegio si è pronunciato sul Fondo Patrimoniale, che, ai sensi dell'art. 167 cod. civ., ciascuno, o tutti e due i coniugi - ed anche terzi - possono costituire con determinati beni immobili, o mobili iscritti in pubblici registri, per i bisogni della famiglia. La Corte rileva che, per il predetto vincolo di destinazione, la tutela espressa dalla norma si rivolge ai soggetti più deboli, cioè ai figli sia già nati, che soltanto concepiti.

Secondo la Corte la presenza dei figli non consente ai due coniugi lo scioglimento consensuale del Fondo. L'attenzione si pone sul figlio concepito, e non ancora nato; ed al riguardo si afferma che il nostro ordinamento giuridico ammette l'attribuzione di diritti patrimoniali al nascituro concepito. In conseguenza la Suprema Corte di Cassazione ritiene che anche al nascituro concepito deve essere riconosciuto l'attitudine ad essere titolare di diritti, e, quindi, nella specie al figlio non ancora nato (- ma concepito -) compete la "legittimazione sostanziale in relazione ad atti di disposizione" del Fondo Patrimoniale <sup>34</sup>.

Dalla Cassazione si è avuta la migliore conferma che il nascituro concepito è titolare sia dei diritti della persona che dei diritti di carattere patrimoniale.

<sup>32</sup> Cass. Sez. I civ., 8 agosto 2014, n. 17811 in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 3/2015, pag. 844 e segg.

<sup>33</sup> Cfr. F. Vitale, *La Personalità di ordine giuridico del nascituro concepito* ..., op. cit. pag. 368 e segg.

<sup>34</sup> Cfr. Carlo Casini, Marina Casini Bandini, *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ...*, op. cit., pag. 83.

**35** Cfr. la sentenza CASS. CIV. n. 10741 del 2009 in Il Diritto di Famiglia e delle Persone, 2009, pag. 1179 e segg., con nota di G. Ballarani, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.* Cfr., per il richiamo della predetta sentenza e nota di G. Ballarani, F. Vitale, *La personalità di ordine giuridico del nascituro concepito ...*, op. cit. pag. 369, nota 24.

**36** Cfr. R. Landi, op. cit., pag. 1439: *"i diritti inalienabili ... sin dal principio della vita ... appartengono all'uomo in quanto ragione e fondamento della sua dignità"*.

**37** Cfr. A. Nicolussi, op. cit., pag. 4, il chiaro autore esclude discriminazioni tra vita prenatale e vita dopo la nascita, tra *"l'embrione e la persona adulta ..."*.

Si annota altresì che nella sentenza in esame si richiamano altre decisioni della Cassazione che hanno accolto la domanda di risarcimento del danno, proposta dal soggetto concepito, e non ancora nato al momento in cui era accaduto il fatto illecito, affermando la di lui titolarità del diritto patrimoniale fatto valere.

È opportuno citarle; si tratta delle sentenze n. 5881 del 2000; n. 10741 del 2009 <sup>35</sup>; n. 9700 del 2011; n. 16754 del 2012.

## 7. Conclusione.

Il concetto di capacità giuridica, nell'accezione qui disattesa, non offre soluzioni alle problematiche di vita del nascituro concepito, sia nella considerazione del caso singolo di donna e madre nella povertà, sia a riguardo della situazione della comunità afflitta dal calo demografico.

L'affermazione della tutela giuridica completa del concepito nascituro, embrione e poi feto, persona di ordine giuridico, alla pari della madre per la riconosciuta titolarità <sup>36</sup> di diritti personali e patrimoniali sin dal concepimento, come richiamato dalla Costituzione Italiana, può accreditare nella comunità la fiducia sulla generazione. I genitori hanno bisogno di certezze: il figlio che concepiscono è "uno di noi" e su lui padre e madre riversano l'amore e la speranza. Questa va confortata, non a parole, ma con provvidenze della società, efficaci per tutto l'evolversi della vita del figlio, senza discriminazione tra prima e dopo la nascita <sup>37</sup>. Lo sguardo cade sulla madre che ha nel grembo il figlio concepito, realtà vivida di rapporti di pari dignità tra due esseri umani irripetibili: madre e figlio concepito, due persone.