

ILL.MO SIG. PRESIDENTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

* * *

ISTANZA

DI NOMINA DI CURATORE SPECIALE

(artt. 79 e 80 codice procedura civile)

Il sottoscritto Avv. Gianfranco Amato del Foro di Grosseto, nella sua qualità di Presidente, legale rappresentante, dell'Associazione Giuristi per la Vita, domiciliato in Roma, Via Ennio Quirino Visconti n.20, presso lo studio dell'Avv. Francesco Donzelli, espone quanto segue.

FATTO

1. Con ordinanza del 7 dicembre 2012 (Reg. ord. n. 166 del 2013, notifica del 9 gennaio 2013, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 17 luglio 2013 n. 29), il Tribunale di Firenze, nella causa tra C.S.A. e P.G. C/ Centro di fecondazione assistita "Demetra" S.r.l. e Presidenza del Consiglio dei ministri, ha sollevato questione incidentale di costituzionalità:

- (a) dell'art. 13, Legge n. 40/2004 (divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso) per contrasto con gli artt. 9, 32, 33, primo comma Cost.;
- (b) dell'art. 6, comma 3, ultimo capoverso, Legge n. 40/2004 (divieto assoluto di revoca del consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo) per contrasto con gli artt. 2, 13, 32 Cost.;
- (c) dell'art. 13, comma 1, 2, 3, e 6, comma 3, ultimo capoverso, Legge n. 40/2004 in quanto affetto da illogicità ed irragionevolezza, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 31, 32, 33, primo comma, Cost.

2. Nel giudizio instaurato nei confronti del Centro di fecondazione assistita "Demetra" S.r.l., gli attori hanno chiesto di accertare la piena validità ed

efficacia della revoca del consenso al trasferimento in utero degli embrioni soprannumerari malati o non biopsabili, nonché il diritto degli stessi attori di poter utilizzare gli embrioni soprannumerari per fini di ricerca scientifica e biomedica connessa alle problematiche della patologia genetica di cui sono portatori.

3. In ragione di detto *petitum*, gli attori hanno promosso ricorso ex art. 700 cod. proc. civ., chiedendo:

- (a) in via principale, che sia ordinata al centro medico la consegna (da interpretarsi come messa a disposizione, in relazione alla finalità di destinazione alla ricerca in merito alla patologia dalla quale sono afflitti), degli embrioni crioconservati;
- (b) che sia accertata e dichiarata la piena efficacia e validità del consenso espresso dalla donna di non procedere al trasferimento in utero degli embrioni crioconservati presso il centro;
- (c) che sia disposta, in attesa della definizione del giudizio di merito ed in via incidentale dell'eventuale giudizio di legittimità costituzionale, la crioconservazione dei residui embrioni risultati affetti dalla patologia della esostosi.

DIRITTO

1. Mancanza di contraddittorio nella causa.

Con la presente istanza si intende rappresentare alla S.V. Ill.ma che il procedimento di cui in narrativa non rispetta il dettato dell'art. 111, comma 2, Cost., il quale impone che ogni processo si debba svolgere «*nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale*»; il predetto procedimento soffre vistosamente della mancanza di un reale contraddittorio tra ricorrenti ed il Centro di fecondazione assistita "Demetra" S.r.l. (la domanda di risarcimento dei danni promossa nei confronti della Presidenza

del Consiglio dei Ministri è del tutto autonoma da quella sopra riportata).

In effetti, benché l'azione legale sia stata intrapresa dalla coppia contro la struttura autorizzata alla procreazione medicalmente assistita, quest'ultima non ha alcun interesse contrario da contrapporre agli attori, limitandosi a giustificare il rifiuto con il divieto posto dalla legge. Il comune interesse all'accoglimento del ricorso si ricava, peraltro, anche dal fatto che la stessa struttura convenuta in giudizio si sia associata nel chiedere al Giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale.

Si tratta – come è evidente – di causa “pilota” intrapresa, nel pieno accordo tra ricorrenti e convenuta, al preciso scopo di sollevare la questione di costituzionalità che la Corte Costituzionale dovrà decidere. Non è certo un caso, del resto, che la medesima coppia e il medesimo Centro di fecondazione assistita “Demetra” S.r.l. figurassero quali parti in causa nel procedimento in cui è stata sollevata, con ordinanza 12 luglio 2008, questione di costituzionalità dell'art. 14 della legge 40 del 2004 (r.o. n. 323 del 2008) decisa, insieme ad altre, con la sentenza della Corte Costituzionale n. 151/2009.

2. Soggetti con interesse contrario alle domande attrici: Il P.M.

Al contrario, vi sono soggetti che hanno un reale interesse opposto all'accoglimento delle domande della coppia ricorrente e che non sono stati posti in grado di instaurare un effettivo contraddittorio, così come impone la norma costituzionale sopra richiamata. Tali soggetti sono il Pubblico Ministero e gli embrioni prodotti dalla coppia ricorrente e attualmente sottoposti a crioconservazione.

Quanto al Pubblico Ministero, pare evidente il suo interesse a difendere la legittimità della norma di ordine pubblico dell'art. 13 legge 40 del 2004, che risponde a diverse esigenze di carattere generale e che, non a caso, è sanzionata penalmente con pene assai rilevanti (art. 13, comma 4, legge 40/2004)

3. L'interesse contrario dei nove embrioni prodotti.

La presente istanza, tuttavia, ha per oggetto la mancanza di contraddittorio tra la coppia ricorrente e gli embrioni che sono stati prodotti in conseguenza del ciclo di procreazione medicalmente assistita e successivamente sottoposti a crioconservazione.

Si sottolinea alla S.V. Ill.ma un dato processuale di particolare rilevanza: per la prima volta – sia davanti alla Corte Costituzionale, sia nelle cause davanti ai giudici civili che hanno emesso le ordinanze citate in quella del Tribunale di Firenze – la causa è stata promossa **dopo** la produzione degli embrioni e quando, per di più, essi sono ancora **in vita**.

In effetti, in tutte le cause precedentemente instaurate, la domanda e la contestazione, sotto diversi profili, della legittimità costituzionale della legge 40 del 2004, erano state proposte da coppie che **non avevano ancora prodotto gli embrioni** e che chiedevano di produrli in numero superiore a tre (domanda oggetto della sentenza n. 151 del 2009 di codesta Corte), oppure mediante ricorso a tecniche di fecondazione eterologa. Si poteva, quindi, ritenere che l'interesse degli embrioni contrario all'accoglimento delle domande non potesse essere sostenuto dagli embrioni stessi, non ancora venuti in vita. Come già rimarcato, nel caso di specie gli embrioni sono, al contrario, **esistenti e vivi**: se ne conosce il numero (nove) e, ovviamente, essi sono **identificabili individualmente**; non a caso essi sono già stati divisi in due "gruppi", quelli sicuramente affetti da esostosi e quelli che non sono stati sottoposti ad alcun accertamento.

4. I diritti del soggetto concepito.

L'articolo 1, comma 1, della legge 19 febbraio 2004 n. 40, recita: «*Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente*

*assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che **assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito***».

L'ultimo passo del comma citato manifesta con assoluta chiarezza la volontà del legislatore: quella di considerare il concepito un *soggetto*, in quanto coinvolto nelle procedure di procreazione medicalmente assistita, e di riconoscergli dei *diritti*, non una generica tutela. Detti diritti, infatti, devono essere *assicurati* anche al concepito (così come agli altri soggetti coinvolti), espressione, quest'ultima, che fa evidente riferimento a mezzi giuridicamente efficaci per permettere ai soggetti di far valere i diritti loro riconosciuti.

Dal complesso della normativa in esame è agevole ricavare quali diritti la legge intende assicurare al concepito: il **diritto alla vita** (art. 14 comma 1), il **diritto all'integrità fisica** che non può essere lesa da pratiche di sperimentazione o dal congelamento (artt. 13 commi 1 e 2 e 14 commi 1 e 3), il **diritto ad essere curato** (artt. 13 commi 2 e 3 lettera *b*) e 14 comma 5), il **diritto alla propria integrità genetica**, con il divieto di tecniche di manipolazione o procedimenti artificiali diretti ad alterarne il proprio patrimonio genetico (art. 13, comma 3, lettera *b*), il diritto ad essere concepito con i gameti dell'uomo e della donna che saranno i suoi genitori, quindi ad essere **figlio genetico dei suoi genitori** (art. 4, comma 3), il diritto ad essere trasferito nel corpo della madre per avere una **chance di svilupparsi e nascere** (art. 14, commi 2 e 3).

Quanto a quest'ultimo diritto, la sentenza n. 151 del 2009 della Corte Costituzionale non l'ha affatto negato; anzi, la medesima Corte ha precisato che *«l'intervento demolitorio mantiene (...) salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario»*; quindi non possono essere prodotti embrioni soprannumerari non destinati al trasferimento nell'utero della donna, sia pure non più mediante un *«unico e contemporaneo impianto»* e tenendo conto del *«pericolo per il pregiudizio della salute della donna»*.

5. Il conflitto di interesse tra attori e embrioni prodotti nella causa davanti al Tribunale di Firenze.

Nel caso oggetto della causa pendente davanti al Tribunale di Firenze, il conflitto tra gli interessi della coppia attrice e quello degli embrioni dagli stessi prodotti è evidente.

Gli attori chiedono, in primo luogo, che venga riconosciuto il diritto a revocare la volontà di sottoporsi al trasferimento degli embrioni già prodotti, contrariamente a quanto disposto dall'art. 6, comma 3, legge 40 del 2004; non solo: gli stessi attori chiedono pure di sottoporsi ad un nuovo ciclo di fecondazione artificiale, così da produrre *nuovi embrioni* da trasferire (se non malati).

L'accoglimento della domanda, quindi, integrerebbe, nei confronti dei nove embrioni già prodotti e in vita, la negazione del loro diritto ad essere trasferiti nel corpo della madre e ad avere, quindi, una *chance* di crescere nel corso della gravidanza e di nascere.

In secondo luogo, gli attori chiedono la consegna dei nove embrioni prodotti da parte del Centro di fecondazione assistita "Demetra" S.r.l. e l'affermazione del loro diritto ad utilizzarli per la ricerca scientifica.

Dietro il richiamo molto suggestivo alle necessità della ricerca, gli attori (e con essi il Giudice che ha sollevato la questione) nascondono un dato oggettivo: sottoporre alla ricerca scientifica gli embrioni significa **sopprimerli**, cioè ucciderli, dopo avere compiuto su di essi **sperimentazioni** di vario tipo. Ciò, in particolare, è pacifico per quanto riguarda le ricerche sulle cellule staminali embrionali, che richiedono il dissolvimento dell'embrione.

La domanda, in sostanza, mira a praticare sui nove embrioni prodotti le condotte espressamente vietate dall'art. 13, comma 1 («**E' vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano**») e 14, comma 1, («**E' vietata**

(...) la soppressione degli embrioni») della legge 40, entrambe norme penalmente sanzionate.

I nove embrioni prodotti, al contrario, hanno un evidente interesse a ***non essere sottoposti a sperimentazione, ad essere trasferiti nel corpo della madre, a non essere soppressi.***

6. L'interesse degli embrioni è effettivo ed attuale.

Senza voler affatto anticipare le considerazioni sul merito delle domande – che il curatore degli embrioni svilupperebbe in apposito atto – si vuole porre l'accento su due passaggi dell'ordinanza del Tribunale di Firenze, al solo fine di rimarcare l'esistenza e l'attualità dell'interesse dei nove embrioni prodotti dalla coppia attrice.

In primo luogo si contesta decisamente quanto incidentalmente nota il Giudice su sollecitazione degli attori: che, cioè, gli embrioni sarebbero «*destinati all'autodistruzione certa nel giro di qualche anno*».

Ciò contrasta con l'amplissima letteratura scientifica in tema di crioconservazione degli embrioni, la quale dimostra che gli embrioni congelati ***non muoiono per tutto il periodo in cui rimangono in questo stato***. Una certa percentuale di embrioni muore ***a seguito dello scongelamento***, ma è notorio che alcuni embrioni sono rimasti in vita e, trasferiti nel corpo di una donna, sono cresciuti e sono nati anche dopo un periodo di crioconservazione di molti anni, anche decine. Si richiamano a questo riguardo le statistiche del Ministro della Salute sull'attuazione della legge 40/2004 in cui sono indicate le gravidanze instaurate e i bambini nati mediante l'utilizzo di embrioni scongelati. Quei nove embrioni, quindi, non sono affatto destinati alla morte, tanto meno "auto procurata", come grottescamente indica il Giudice. Il loro interesse a non essere uccisi resta, pertanto, effettivo ed attuale.

In secondo luogo, si rimarca l'irrelevanza del dubbio – anch'esso palesemente antiscientifico – sollevato sul concetto di “embrione” per il quale sono posti i divieti dell'art. 13 e 14 della legge 40/2004.

Il Giudice sembra chiedersi se il concetto coincida con quello di “concepito”, ipotizzando addirittura che *«ovulo fecondato e concepito non sarebbero suscumbibili nel concetto di embrione, inteso come unità multicellulare con patrimonio genetico ormai distinto ed autonomo da quello dei progenitori»* (quasi che, solo al terzo giorno di vita, si verificasse questa condizione!).

In realtà, il quadro normativo e costituzionale è del tutto chiaro: come affermato dalla Corte Costituzionale già con la sentenza n. 27 del 1975, e ribadito ripetutamente, *«ha fondamento costituzionale la tutela del concepito, la cui situazione giuridica si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'articolo 2 della Costituzione, denominando tale diritto come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale»*. Quando la legge 40 del 2004 afferma di assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, *compreso il concepito*, si collega a queste affermazioni.

L'esigenza di tutela del **«concepito»** (e non di un concepito *dopo tre giorni dal concepimento!*) giustifica ovviamente il divieto di revoca del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo (cioè dopo il concepimento) divieto contemplato dall'art. 6, comma 3, della legge, e permette di ritenere le norme degli artt. 13 e 14 dettate per tutti i concepiti, a partire dal momento del concepimento. Senza ulteriormente approfondire il tema, si ribadisce che il dubbio del Giudice è – in questa sede in cui si chiede la nomina di un curatore speciale per gli embrioni – del tutto **irrelevante**: come si è visto, infatti, i diritti sono assicurati **al concepito** (e non all'embrione, art. 1, comma 1, legge 40/2004), e i nove concepiti/embrioni prodotti dalla coppia attrice hanno diritto a vederseli assicurati, contrapponendosi alle domande giudizialmente proposte.

7. La soggettività giuridica del concepito nelle pratiche di PMA.

Il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito non è affatto in contrasto con il quadro normativo vigente fino al 2004.

In particolare deve essere escluso ogni contrasto con l'articolo 1 cod. civ., che indica il momento della nascita come momento di acquisto della capacità giuridica e subordina all'evento della nascita i diritti che la legge riconosce a favore del concepito.

L'apparente contrasto non si risolve tanto con la regola della legge posteriore che prevale su quella anteriore, ma sulla base di altre considerazioni: in primo luogo la norma del codice civile si concentra sui diritti *patrimoniali* del concepito, per niente occupandosi di quelli non patrimoniali, mentre, all'opposto, i diritti che la legge 40/2004 riconosce a favore del concepito, come sopra riassunti, non hanno alcuna valenza patrimoniale; il contrasto, poi, è inesistente perché il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito che la legge 40/2004 attua è limitato, nei suoi effetti, alla fase precedente all'instaurazione della gravidanza: non a caso la legge 40/2004 fa salva la regolamentazione dettata dalla Legge 22 maggio 1978, n. 194 sull'interruzione volontaria di gravidanza, in quanto, una volta instaurata la gravidanza, i diritti fondamentali dell'embrione, primo fra tutti il diritto alla vita, possono essere bilanciati con quelli della madre, ritenendosi prevalente il diritto alla salute psicofisica della stessa (come stabilito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 27 del 1975).

In sostanza, la soggettività e i diritti sopra indicati hanno un senso perché attribuiti all'embrione nella fase di vita extracorporea precedente all'instaurazione della gravidanza (fase che è, del resto, l'oggetto della regolamentazione della legge 40/2004); in questa fase non è attuale alcuna necessità di bilanciamento tra i diritti dell'embrione e quelli della donna che ha contribui-

to alla sua produzione, con la conseguenza che i diritti dell'embrione possono essere tutelati nella loro completezza.

Se, quindi, nessun contrasto è ipotizzabile tra la norma in esame e l'articolo 1 del codice civile, e tra essa e la legge 194 del 1978 sull'interruzione volontaria di gravidanza (che, appunto, è espressamente fatta salva), certo non può ritenersi esistente un contrasto tra l'articolo 1 della legge 40 del 2004 e la Costituzione.

Il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito è, in realtà, il punto di arrivo di una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che ha trovato i suoi vertici in numerose sentenze della stessa Corte Costituzionale, dalla n. 27 del 1975 a quelle successive, che hanno affermato con assoluta certezza il godimento da parte del concepito dei diritti costituzionalmente riconosciuti agli uomini, diritti che non possono essere disconosciuti.

8. La tutela dei diritti del concepito assicurata mediante il curatore speciale.

Come si è premesso, la legge 40/2004 «assicura» i diritti del concepito: espressione che indica una tutela specifica avente portata *giuridicamente efficace*.

Non vi è dubbio che le sanzioni penali e amministrative dettate dal legislatore costituiscono un argine contro le violazioni dei diritti che possono manifestarsi nel corso dell'applicazione delle tecniche; ma lo strumento sanzionatorio interviene **dopo** che la violazione del diritto si è compiuta e, quindi, rispetto alle persone offese, ha mera efficacia risarcitoria. Poiché, però, appare impossibile ipotizzare una qualche forma di risarcimento a favore degli embrioni, per essi l'applicazione della sanzione per la violazione delle regole poste a difesa dei loro diritti risulta indifferente. Il giudice dei diritti è, invece, il giudice civile, cui tutti i soggetti possono rivolgersi per farli valere, se del caso in contrapposizione ai diritti o interessi vantati da altri soggetti.

L'embrione, quale soggetto minore di età, è ovviamente rappresentato e tutelato dai suoi genitori. Se, però, il diritto dell'embrione contrasta con quello dei genitori, appare inevitabile nominare al primo un curatore speciale, in applicazione dei principi posti dagli artt. 320 e 321 codice civile. E' evidente, infatti, che in mancanza di tale nomina l'embrione non potrà ottenere alcuna tutela, in contrasto con il riconoscimento dei suoi diritti e con la necessità di "assicurarli".

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 83 del 9 febbraio 2011, ha ampiamente delineato il diritto del minore ad ottenere la nomina di un curatore speciale, con una motivazione che non si può che riportare integralmente: *«Al riguardo assume rilievo, in primo luogo, la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176. In particolare, detta Convenzione, per quanto qui rileva, nell'art. 1 stabilisce che per fanciullo si deve intendere ogni essere umano avente un'età inferiore a diciotto anni, salvo che abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile; nell'art. 3 dispone (comma 1) che in tutte le decisioni ad essi relative, comprese quelle di competenza dei tribunali, "l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente"; nell'art. 4 prescrive che gli Stati parti "si impegnano ad adottare tutti i provvedimenti legislativi, amministrativi ed altri, necessari per attuare i diritti riconosciuti dalla presente Convenzione"; nell'art. 12, comma 1, fa obbligo agli Stati parti di garantire al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa e, nel comma 2, aggiunge che "a tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale". All'atto ora menzio-*

nato segue la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 20 marzo 2003, n. 77. Essa, nell'art. 1, comma 2, chiarisce di essere diretta "a promuovere, nell'interesse superiore dei fanciulli, i diritti degli stessi, a concedere loro diritti procedurali ed agevolarne l'esercizio; vigilando affinché possano, direttamente o per il tramite di altre persone od organi, essere informati ed autorizzati a partecipare alle procedure che li riguardano dinanzi ad una autorità giudiziaria"; con l'art. 4, comma 1, attribuisce al minore, quando il diritto interno priva i detentori delle responsabilità genitoriali della possibilità di rappresentarlo a causa di un conflitto d'interessi, il diritto di richiedere, personalmente o tramite altre persone od organi, la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria; con l'art. 9, comma 1, stabilisce che, nei procedimenti riguardanti un minore, quando in virtù del diritto interno i detentori delle responsabilità genitoriali si vedono privati della facoltà di rappresentare il minore a causa di un conflitto d'interessi, l'autorità giudiziaria ha il potere di designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti. Vanno, poi, citate le disposizioni di diritto interno (..) che riconoscono al minore una diretta tutela per i suoi diritti. In particolare: l'art. 155-sexies cod. civ., aggiunto dall'art. 1 della legge 8 febbraio 2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), stabilisce nel comma 1 che il giudice, prima dell'emanazione anche in via provvisoria dei provvedimenti di cui all'art. 155 cod. civ., dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore, ove capace di discernimento. Al riguardo la Corte di Cassazione a Sezioni unite, con sentenza n. 22238 del 2009, ha affermato che costituisce violazione del principio del contraddittorio quale connotato del giusto processo, il mancato ascolto del minore non sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento

che può giustificare l'omissione. Ciò in quanto il minore è portatore d'interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore in sede di affidamento e diritto di visita, e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale. Inoltre: l'art. 244, comma quarto, cod. civ. concernente i termini per l'azione di disconoscimento della paternità, prevede che detta azione può essere promossa da un curatore speciale nominato dal giudice, su istanza del figlio minore che ha compiuto i sedici anni, o del pubblico ministero quando si tratta di minore di età inferiore (si veda anche l'art. 247, comma secondo, cod. civ.); l'art. 264, comma secondo, cod. civ., in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, stabilisce che il giudice, con provvedimento in camera di consiglio su istanza del pubblico ministero o del tutore o dell'altro genitore che abbia validamente riconosciuto il figlio o del figlio stesso che abbia compiuto il sedicesimo anno di età, può dare l'autorizzazione per impugnare il riconoscimento, nominando un curatore speciale. Analogo potere di nomina è attribuito al giudice, ricorrendone le condizioni, in tema di dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturale, dagli artt. 273, primo comma, e 279, terzo comma, cod. civ.; del pari, in materia di legittimazione di figli naturali, l'art. 284, primo comma, n. 4, cod. civ. prevede la nomina di un curatore speciale ed altri casi sono contemplati dalle disposizioni riguardanti l'esercizio della potestà genitoriale (artt. 320 e 321 cod. civ.) o l'esercizio della tutela (art. 360 cod. civ.). Una menzione a parte merita, infine, l'art. 336 cod. civ., che disciplina la procedura per l'adozione dei provvedimenti in tema di potestà dei genitori e nel quarto comma prevede che i genitori stessi e i minori siano assistiti da un difensore. Come già notato da questa Corte (sentenze n. 179 del 2009 e n. 1 del 2002), dal coordinamento tra l'art. 12 della Convenzione di New York, e l'art. 336, comma quarto, cod. civ. si desume che, nelle procedure disciplinate da tale norma, sono parti non soltanto entrambi i genitori ma anche il minore, con la

necessità del contraddittorio nei suoi confronti, previa nomina, se del caso, di un curatore speciale, ai sensi dell'art. 78 del codice di procedura civile. In questo quadro, l'interpretazione sistematica e coordinata delle norme richiamate nel paragrafo che precede impone di pervenire alla conclusione che, anche per la fattispecie prevista dall'art. 250, quarto comma, cod. civ., il giudice, nel suo prudente apprezzamento e previa adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, possa procedere alla nomina di un curatore speciale, avvalendosi della disposizione dettata dal citato art. 78 cod. proc. civ., che, come risulta dall'elencazione effettuata dianzi (peraltro, meramente esemplificativa), non ha carattere eccezionale, ma costituisce piuttosto un istituto che è espressione di un principio generale, destinato ad operare ogni qualvolta sia necessario nominare un rappresentante all'incapace". (...) Ne deriva che al detto minore va riconosciuta la qualità di parte nel giudizio di opposizione di cui all'art. 250 cod. civ. E, se di regola la sua rappresentanza sostanziale e processuale è affidata al genitore che ha effettuato il riconoscimento (artt. 317-bis e 320 cod. civ.), qualora si prospettino situazioni di conflitto d'interessi, anche in via potenziale, spetta al giudice procedere alla nomina di un curatore speciale. Il che può avvenire su richiesta del pubblico ministero, o di qualunque parte che vi abbia interesse (art. 79 cod. proc. civ.), ma anche di ufficio, avuto riguardo allo specifico potere attribuito in proposito all'autorità giudiziaria dall'art. 9, primo comma, della citata Convenzione di Strasburgo».

Il richiamo alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York appare particolarmente significativo: quella Convenzione, infatti, come si evince dallo stesso Preambolo («Tenuto presente che, come indicato nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1959, il fanciullo, a causa della sua immaturità fisica e intellettuale, ha bisogno di una particolare protezione e di cure speciali compresa

un'adeguata protezione giuridica, sia prima che dopo la nascita»), comprende nel concetto di "fanciullo" anche l'embrione prima della nascita e, quindi, le tutele in essa dettate anche ad esso si riferiscono.

Ciò, appunto, è del tutto conforme al riconoscimento della soggettività giuridica dell'embrione effettuato dall'art. 1 della legge 40 del 2004, già commentato.

9. Il fondamento costituzionale della nomina di un curatore speciale degli embrioni.

La nomina di un curatore speciale degli embrioni, al fine di permettere il suo intervento nella causa promossa dalla coppia e, quindi, anche nel pendente giudizio incidentale davanti alla Corte Costituzionale, non è affatto una possibilità stravagante: già il diritto romano conosceva il *curator ventris* che tutelava i diritti dei bambini non ancora nati.

Né si deve dimenticare, inoltre, che nella sentenza della Corte Costituzionale n. 27 del 1975, veniva menzionato l'allora vigente articolo 339 cod. civ. (nomina di un curatore del nascituro) come norma a tutela del concepito che contribuiva a soddisfare il precetto derivante dagli artt. 2 e 31 della Costituzione.

Si noti che quella norma permetteva la nomina di un curatore ai concepiti in una fase *precedente* l'acquisto della loro capacità giuridica, vale a dire il momento della nascita (art. 1 cod. civ.); qui, molto più semplicemente, si chiede la nomina di un curatore speciale degli embrioni cui la legge (limitatamente a questa fase) **già riconosce la soggettività giuridica.**

La giustificazione della nomina nei due casi è la medesima: per garantirne i diritti affermati dalla legge (per «assicurarli», secondo l'espressione della legge 40 cit.), occorre approntare la difesa dei titolari, al fine di evitare loro pregiudizi irreparabili (la soppressione).

10. Profili processuali.

Sotto il profilo processuale, la nomina chiesta alla S.V. III.ma è possibile in forza delle norme di procedura applicabili nei giudizi davanti alla Corte Costituzionale: l'art. 22, legge 11 marzo 1953, n. 87 richiama, infatti, le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, richiamo da intendersi (come affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 85 del 2012) al Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104; tale ultima norma, all'art. 39, stabilisce che «per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

Poiché né la legge 87 del 1953, né le norme integrative per i procedimenti davanti alla Corte Costituzionale, né, infine, il citato Decreto legislativo n.104 del 2010 regolano la nomina di curatore speciale per i soggetti incapaci, devono trovare applicazione le norme del codice di procedura civile su tale argomento, che sono espressione di principi generali: l'art. 78, che giustifica la nomina in presenza di conflitto di interessi tra rappresentante (la coppia ricorrente) e rappresentato (gli embrioni), l'art. 79, che permette di presentare l'istanza a qualunque parte in causa che vi abbia interesse – dovendosi, per di più, ricordare che nella citata sentenza n. 83 del 2011 la Corte Costituzionale ha espressamente previsto come possibile la nomina d'ufficio da parte del Giudice, e ***l'art. 80, che attribuisce al Presidente dell'ufficio giudiziario – e, quindi, in questa fase, alla S. V. III.ma – la nomina del curatore speciale.***

Mette conto evidenziare, peraltro, come la Suprema Corte di Cassazione nella sentenza 8803/2003 abbia avuto modo di ribadire che *«in caso di omessa nomina di un curatore speciale previsto dall'art. 78 c.p.c. quando vi sia conflitto d'interessi con il rappresentante, il vizio di costituzione del rapporto processuale, determinando la nullità dell'intero giudizio per violazione della garanzia costituzionale del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., deve essere rilevato*

*dal giudice d'ufficio in qualsiasi stato e grado del giudizio ed anche in sede di legittimità, sempreché sulla questione non si sia formato il giudicato interno, atteso che si verte in tema di rappresentanza sostanziale nel processo e non di rappresentanza sostanziale, essendo invece in quest'ultima ipotesi rimessa all'apprezzamento del giudice di merito – come tale non deducibile per la prima volta né rilevabile d'ufficio in sede di legittimità – l'indagine sulla compatibilità o meno dell'interesse del rappresentante con quello del rappresentato» (Cass. Civ. Sez. II, 30 maggio 2003, n. 8803, in *Mass. Giur. It.*, 2003).*

Nella specie la stessa Suprema Corte, nel dichiarare la nullità dell'intero giudizio, aveva rilevato d'ufficio l'omessa nomina da parte del giudice di merito del curatore, ravvisando un'ipotesi di conflitto d'interessi ex art. 78 c.p.c.

Appare evidente, del resto, che la mancata designazione di un curatore speciale che curi gli interessi degli embrioni, quali parti dirette del processo, concreterebbe una palese violazione del principio cardine e di ordine pubblico processuale del contraddittorio, inteso quale contrasto dialettico fra opposte posizioni assertive, dirette ad elidersi vicendevolmente, previsto e disciplinato dall'art. 24 della Costituzione, e dall'art. 101 c.p.c., in base al quale *«il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa»*. Il principio del contraddittorio trova applicazione in ambito processuale nell'art. 102 c.p.c.. che disciplina il litisconsorzio necessario, ed è norma fondamentale "in bianco" poiché soccorre in tutti quei casi in cui *«il rapporto giuridico dedotto e la situazione strutturalmente comune a una pluralità di soggetti, fanno sì che la decisione non possa conseguire il proprio scopo se non sia resa nei confronti di tutti questi»* (Cass., Sez. I, 4 gennaio 2005, n. 121). Ciò vale certamente nel contesto oggetto della causa *de qua*, in cui la normativa, in caso di accoglimento della questione di costituzionalità, imporrebbe un "bilanciamento" tra la conservazione della

vita nascente, concepita, e la scienza: il solo fatto che si parli di “bilanciamento di interessi”, implica che vi sono due diritti e due posizioni giuridiche “in gioco” da bilanciare tra loro, una delle quali, appunto, concerne il soggetto più debole, l’embrione.

11. Conclusioni.

Sembra davvero superfluo ricordare, a chiusura della presente istanza, che i principi del giusto processo stabiliti dall’art. 111 della Costituzione, nel caso specifico il principio del contraddittorio in cui si deve svolgere «**ogni processo**», non possono non trovare applicazione nei giudizi davanti alla Corte Costituzionale, supremo garante del rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento. La nomina di un curatore speciale per gli embrioni, per di più, costituirà un insegnamento al giudice ordinario che, nel procedimento che ha dato luogo alla questione di legittimità costituzionale, ha del tutto tralasciato il rispetto del principio sancito dal legislatore costituzionale.

In caso di accoglimento della presente istanza, i ricorrenti si permettono di indicare come possibile curatore speciale dei nove embrioni prodotti dalla coppia attrice il Prof. Dr. Giuseppe Noia, nato a Terranova di Sibari (CS) il 14.8.1951, Docente di Medicina prenatale presso l’Università Cattolica del Sacro Cuore, che ha prestato il consenso ad un eventuale incarico.

P.Q.M.

l’istante si permette di sollecitare la S.V. Ill.ma, acché voglia procedere *ex officio* alla nomina di un curatore speciale dei nove embrioni prodotti dagli attori C.S.A. e P.G. e attualmente custoditi dal Centro di fecondazione assistita “Demetra” S.r.l., così da permettere l’intervento dei predetti embrioni, in tal modo rappresentati, nel giudizio di cui in narrativa pendente avanti la Corte Costituzionale.

Roma, li 30 settembre 2013

Avv. Gianfranco Amato