

## **Caso X e Y c. Italia della Corte europea dei diritti dell'uomo: lo scambio degli embrioni (non) va a Strasburgo.**

di Ilaria Rivera \*\*  
(27 novembre 2014)

1. Con sentenza *X e Y c. Italia* (ric. n. 41146/14) del 16 settembre 2014, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Seconda sezione) ha dichiarato irricevibile, per mancato esaurimento de rimedi interni, il ricorso presentato da una coppia di cittadini italiani per violazione dell'art. 8 CEDU ("diritto al rispetto della vita privata e familiare"), "poiché i loro embrioni sono stati erroneamente impiantati nell'utero di un'altra donna in conseguenza di un errore commesso da un ospedale pubblico".

Prima di esaminare i motivi che sono alla base della pronuncia del giudice europeo e di vagliarne la tenuta motivazionale, occorre ripercorrere in sintesi i passi della vicenda che hanno dato origine alla sentenza Cedu.

In particolare, nel dicembre 2013, i ricorrenti si sottoponevano alla procedura di fecondazione omologa *in vitro* presso una struttura sanitaria pubblica, dalla quale risultava un prodotto embrionale<sup>1</sup> che, purtroppo, a seguito di impianto, non conduceva a gravidanza.

Nell'aprile 2014, i ricorrenti venivano a conoscenza che nello stesso periodo e presso lo stesso ospedale si era sottoposta a fecondazione *in vitro* un'altra coppia, la cui donna era rimasta incinta di due gemelli, il cui DNA, però, era incompatibile con quello della stessa coppia.

A seguito di un accertamento effettuato dall'ospedale, dal quale si deduceva che il DNA dei ricorrenti era compatibile con quello dei feti sviluppatasi nell'utero della donna dell'altra coppia, i ricorrenti chiedevano all'azienda sanitaria di accedere, in virtù dell'art. 30 del Codice di deontologia medica ("diritto di informazione dei pazienti") alle informazioni relative ai genitori biologici dei gemelli. Richiesta, questa, che veniva negata in considerazione del diritto delle altre coppie alla riservatezza.

Nel luglio 2014, i ricorrenti adivano così il Tribunale di Roma in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c., chiedendo, in primo luogo, di ricevere tutte le informazioni in ordine allo stato di salute dei nascituri e quelle relative al parto al fine di poter formare l'atto di nascita dal quale risultare genitori, nonché di avere i gemelli al momento della nascita quali genitori genetici. Tuttavia, essendo intervenuta *medio tempore* la nascita dei gemelli, i ricorrenti rinunciavano alle richieste anzidette, chiedendo, invece, che venisse disposta la collocazione dei gemelli in una struttura idonea, separandoli dall'altra coppia, od, in subordine, che venisse garantito loro il diritto di visita in quanto genitori genetici onde poter assicurare la costruzione di un legame affettivo con i minori. Ciò previa richiesta al giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art 269 c.c. nella parte in cui prevede che la madre sia colei che partorisce il figlio, senza eccezioni; dell'art 239 comma 1 c.c., nella parte in cui prevede la possibilità di reclamare lo stato di figlio solo in caso di supposizione di parto o sostituzione di neonato; dell'art 234 bis c.c., nella parte in cui viene limitata la legittimazione a proporre l'azione di disconoscimento di paternità, in relazione all'art 263 c.c.<sup>2</sup>, che invece prevede che l'azione possa essere proposta da chiunque vi abbia interesse.

---

<sup>1</sup> Secondo la definizione fornita dal Comitato Nazionale per la Bioetica italiano, per "embrione" si intende lo "zigote ... e tutti gli stadi successivi del suo sviluppo fino al completamento dell'impianto" (31 marzo 2000).

<sup>2</sup> Sull'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità e sulla sua relativa imprescrittibilità, si vedano Corte cost. ord. n. 7 del 2012 e sent. nn. 112 del 1997, 158 del 1991 e 625 del 1987.

La domanda cautelare era, dunque, volta ad ottenere la dichiarazione giudiziale di maternità e paternità naturale<sup>3</sup>, ostandovi il possesso di stato attuale dei nati e non essendovi, inoltre, i presupposti per la contestazione dello stato di figlio o la legittimazione a proporre l'azione di disconoscimento di paternità<sup>4</sup>.

2. Con ordinanza dell'8 agosto 2014, il Tribunale di Roma, in via preliminare, riguardo alla richiesta di rimessione alla Corte costituzionale, affermava di non ravvisare motivi per sollevare la relativa questione di costituzionalità in quanto "La riforma della filiazione ha mantenuto il principio in base alla quale è il parto che determina la maternità naturale, nella piena consapevolezza, si ritiene, dei progressi scientifici relativi alle tecniche di procreazione e della possibilità che la madre biologica od "uterina" potesse non identificarsi con la madre genetica ...". Invero, come sottolineato dallo stesso Tribunale, ragionando *a contrario*, e, cioè, "riconoscendo la prevalenza della madre genetica e quindi ritenendo rilevante la questione di costituzionalità sollevata, si attribuirebbe legittimità giuridica ad una coattiva maternità di sostituzione, con la rinuncia imposta ad un figlio che pure la madre biologica ha condotto alla vita. Soluzione che è totalmente inconciliabile con il diritto della donna che ospita il feto all'intangibilità del suo corpo e, pertanto, ad assumere ogni decisione in ordine alla sua gravidanza, nonché gravemente lesiva della dignità umana della gestante".

Nel merito, il giudice romano rigettava il ricorso per carenza del *fumus boni iuris*, pur ravvisando la drammaticità della vicenda in esame e riconoscendo la sola possibilità per coppia di genitori genetici di ottenere tutela risarcitoria. Peraltro, nel motivare tale rifiuto, il Tribunale sottolineava come "La letteratura scientifica è unanime nell'indicare come sia proprio nell'utero che si crea il legame simbiotico tra il nascituro e la madre. D'altro canto è solo la madre uterina che può provvedere all'allattamento al seno del bambino. Non può, pertanto, non ritenersi sussistente un interesse dei minori al mantenimento di tale legame, soprattutto alla luce del fatto che i bambini sono già nati e nei loro primi giorni di vita deve ritenersi abbiano già instaurato un significativo rapporto affettivo con entrambi i genitori e sono già inseriti in una famiglia".

A tal fine, specificava ulteriormente che "Il rapporto di filiazione - ed il conseguente diritto all'identità personale<sup>5</sup> - si è andato sempre più sganciando nel nostro ordinamento dall'appartenenza genetica, potendosi rinvenire, grazie anche al rilievo "rivoluzionario" delle nuove tecniche riproduttive, diverse figure genitoriali; "la madre genetica" (la donna cui risale l'ovocita fecondato), "la madre biologica" (colei che ha condotto la gestazione), e la madre sociale (colei che esprime la volontà di assumere in proprio la responsabilità genitoriale); il padre genetico ed il padre sociale. Figure che possono anche di fatto non coincidere ... Mentre il concetto di famiglia si è andato, dal canto suo, sempre più

<sup>3</sup> Sul sindacato giurisdizionale circa la conformità del minore del riconoscimento della paternità naturale, si vedano, tra le altre, Corte cost. sent. nn. 83 del 2011, 266 e 50 del 2006. Peraltro, più in particolare, sul bilanciamento tra *favor veritatis* e *favor minoris*, si vedano Corte cost. nn. 7/2012, 494/2002, 170/1999, 112/1997, 625/1987, 134/1985, 64/1982, 249/1974.

<sup>4</sup> Il Tribunale di Roma ribadiva, peraltro, che, in applicazione dell'art. 269, comma 3., c.c., mantenuto dal D.lgs. n. 154 del 2013, "la maternità è dimostrata provando la identità di colui che pretende di essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre", aggiungendo, altresì, che "Nel caso in cui la donna gestante, unita in matrimonio, dichiara nell'atto di nascita il figlio come nato durante il matrimonio, il marito ne diviene il padre legale", ai sensi dell'art. 231 c.c., come modificato dal suddetto decreto, con la conseguenza che il padre genetico non potrà promuovere azione di disconoscimento e riconoscere il figlio. Si valorizza, così, l'istituto della paternità legale a scapito di quella genetica.

<sup>5</sup> Sul diritto alle informazioni sulle proprie origini, cfr. Corte cost. sent. nn. 278 del 2013, 425 del 2005 e ord. nn. 184 del 2004, 350 del 2002. Sul diritto all'accertamento dello *status filiationis* come diritto costitutivo dell'identità personale, protetto ai sensi dell'art. 2 Cost. e 7 e 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo, vedi sent. n. 494 del 2002.

sganciando dal dato biologico e genetico degli appartenenti, venendo concepita sempre più come luogo degli affetti e della solidarietà reciproca, prima comunità ove si svolge e sviluppa la personalità del singolo ...”.

Peraltro, pur volendo tentare un'interpretazione della vicenda favorevole alla coppia ricorrente, il giudice cautelare non riteneva sussistere, nel caso di specie, un'operazione di fecondazione eterologa - divenuta legittima a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014<sup>6</sup> - in quanto non erano state in alcun modo rispettate le procedure relative alla prestazione del consenso ai sensi dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004. Né, tantomeno, a giudizio del Tribunale, era ravvisabile un'ipotesi di maternità surrogata, vietata nel nostro ordinamento dall'art. 12, comma 6, della citata legge 40, e, per di più, impedita dal mancato consenso alla stessa sia dalla madre biologica che dalla madre genetica. Semmai, si sarebbe potuto configurare un caso di eterologa da errore – in quanto la madre porta in grembo embrioni geneticamente non suoi né del marito o del partner – o, anche, una surroga materna “da errore” – poiché i genitori genetici producono embrioni che sono impiantati nell'utero di un'altra donna che li porta in gestazione, entrambi, tuttavia, viziati dalla mancata acquisizione del consenso delle coppie coinvolte.

3. A fronte della suddetta pronuncia del Tribunale di Roma, i ricorrenti adivano la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>7</sup>, lamentando la violazione dell'art. 8 della Convenzione, e, più specificatamente, la violazione del proprio diritto a costruire una famiglia con i propri figli *genetici*.

Tuttavia, il giudice europeo ha dichiarato irricevibile il ricorso per mancato esaurimento dei ricorsi interni, così come previsto dall'art. 35, par. 1, CEDU<sup>8</sup>, che disciplina, appunto, le condizioni di ricevibilità degli stessi<sup>9</sup>. In particolare, la Corte europea sottolinea che “i ricorrenti non abbiano introdotto a livello interno alcuna azione – civile o penale – per ottenere il risarcimento dell'asserita negligenza medica ... o per accertare l'eventuale responsabilità penale delle persone interessate”, chiarendo, inoltre, che il ricorso proposto ex art. 700 cpc era strumentale “a ottenere una dichiarazione concernente il loro asserito status di genitori biologici” e che, quindi, costituiva “un mero ricorso preliminare e d'urgenza”, suscettibile di essere seguito da opportuna azione nelle vie ordinarie.

D'altra parte, scorrendo la (apodittica) motivazione della Corte, emerge come i ricorrenti non avevano presentato neppure domanda di accesso a documenti amministrativi, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, ai sensi del quale, a seguito del silenzio opposto dalla P.A., gli stessi avrebbero potuto agire in via giurisdizionale.

Ne consegue che, a giudizio della Corte di Strasburgo, i ricorrenti non hanno dato allo Stato la possibilità “di impedire o porre rimedio alle violazioni dedotte prima che tali rilievi

---

<sup>6</sup> Per un commento alla sentenza, si vedano, tra gli altri, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1 giugno 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte Cost., sent. n. 162/2014)* in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 13 giugno 2014; A. MUSUMECI, “*La fine è nota*”. Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), luglio 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al “dialogo” con la Corte Edu (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 14 giugno 2014.

<sup>7</sup> Ne aveva pronosticato l'approdo in sede sovranazionale A. RUGGERI, *Fecondazione involontariamente eterologa per scambio di provette: di chi il figlio?*, in [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it), 5 maggio 2014.

<sup>8</sup> Cfr. “Il fondamento di tale regola è che, prima di adire un tribunale internazionale, lo Stato responsabile deve avere la possibilità di riparare la pretesa doglianza con i mezzi interni nell'ambito del suo ordinamento giuridico ...” (Commissione dec. 712/60, *Retimag S.A. c. Austria*, 385).

<sup>9</sup> La Corte di Strasburgo valuta l'effettivo esaurimento dei rimedi interni al momento della proposizione del ricorso dinanzi alla stessa, salve circostanze eccezionali (C.d.S., *Bauman c. Francia*, sentenza 22 maggio 2001).

fossero presentati alle istituzioni della Convenzione (si veda Selmouni c. Francia (GC), n. 25803/94, § 74, CEDU 1999 V)".

4. Richiamata brevemente la fattispecie concreta, occorre, a questo punto, ricostruire il quadro normativo convenzionale sulla cui base la Corte ha incentrato il proprio diniego. Infatti, l'art. 35, par. 1, della Convenzione stabilisce che La Corte "non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva". Periodo<sup>10</sup>, questo, che, a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 15 addizionale alla CEDU, sarà ridotto da sei mesi a quattro. Inoltre, per *decisione interna definitiva* deve intendersi non semplicemente una decisione passata in giudicato, bensì una decisione che non possa essere più soggetta a gravame e che, quindi, esaurisca le possibilità di rimedi interni.

Tale disposizione riconferma il carattere sussidiario<sup>11</sup> della tutela giurisdizionale dei diritti umani dinanzi al giudice europeo, al quale è possibile rivolgersi solo dopo aver esaurito i ricorsi interni<sup>12</sup>. Tale esaurimento dei ricorsi interni deve intendersi poi nel duplice senso di

---

<sup>10</sup> Il *dies a quo* per la proposizione del ricorso dinanzi alla Corte Edu decorre dal momento in cui il ricorrente ha avuto effettiva conoscenza della decisione definitiva che lo riguarda e coincide, solitamente, con la data di notifica del provvedimento giudiziario. Tuttavia, esso può decorrere da un momento diverso, qualora il soggetto dimostri di non averne avuto effettiva conoscenza. Cfr. CO.D.U., *Sabri Günes c. Turchia*, sentenza 29 giugno 2012, nella quale la Grande Camera ribadisce che "Le délai de six mois prévu à l'article 35 § 1 poursuit plusieurs buts. Sa finalité première est de servir la sécurité juridique et de veiller à ce que les affaires soulevant des questions au regard de la Convention soient examinées dans un délai raisonnable, tout en évitant aux autorités et autres personnes concernées d'être pendant longtemps dans l'incertitude (P.M. c. Royaume-Uni (déc.), no 6638/03, 24 août 2004). En outre, cette règle fournit au requérant potentiel un délai de réflexion suffisant pour lui permettre d'apprécier l'opportunité d'introduire une requête et, le cas échéant, de déterminer les griefs et arguments précis à présenter (O'Loughlin et autres c. Royaume-Uni (déc.), no 23274/04, 25 août 2005), et elle facilite l'établissement des faits dans une affaire car, avec le temps, il devient problématique d'examiner de manière équitable les questions soulevées (Nee c. Irlande (déc.), no 52787/99, 30 janvier 2003) » (§ 39). Nella suddetta pronuncia, peraltro, la Corte si dilunga ulteriormente sul computo di *dies ad quem*, qualora questo ricada in un giorno festivo.

<sup>11</sup> Per un approfondimento sul carattere sussidiario del giudizio della Corte di Strasburgo, si vedano, nella vastissima letteratura sul punto, A. ORSI BATTAGLINI, *Il giudice interno 'primo' organo di garanzia della Convenzione dei diritti umani*, in L. CALASSARE (cur.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 190 ss.; B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003, 219 ss.; A. GIARDINA, *Responsabilità internazionale, esaurimento dei mezzi interni di ricorso e carattere sussidiario della tutela internazionale dei diritti umani*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, 1019 ss.; A. DI STEFANO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di sussidiarietà: contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Catania, 2009; V. ZAGREBELSKY, *Sussidiarietà e vie interne da esaurire: a proposito dell'adesione della UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L.S. ROSSI (cur.), *La protezione dei diritti fondamentali: carta dei diritti UE e standard internazionali*, Napoli, 2011, 313 ss. Peraltro, il Protocollo n. 15 addizionale alla Convenzione ha aggiunto al Preambolo della stessa l'espresso riferimento al carattere *sussidiario* del sindacato giurisdizionale della Corte di Strasburgo e al margine di apprezzamento riservato agli Stati, così come elaborato in sede giurisprudenziale.

<sup>12</sup> Sul previo esaurimento dei rimedi interni, cfr. G. GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, 1967; J. GUINAND, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme*, in *Revue belge de droit International*, 1968, 471 ss.; M. DE SALVIA, *Esaurimento delle vie di ricorso interne e ricorsi individuali: la giurisprudenza della Commissione e della Corte dei diritti dell'uomo*, in *Riv.int.dir.uomo*, 1988, 33 ss.; S. D'ASCOLI, M.K. SCHERR, *The Rule of Prior Exhaustion of Local Remedies in the Context of Human Rights Protection*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2007, 117 ss.; G. COHEN-JONATHAN, J.F. FLAUSS e E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2006; R. PISILLO MAZZESCHI, *Sub art. 35, § 1, in Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle*

previa esperibilità dei rimedi giurisdizionali interni (esaurimento *verticale*<sup>13</sup>) e di doglianza *omogenea* in tutti di giudizio della lesione di un determinato diritto, attraverso tutti i mezzi processuali necessari a far valere la pretesa personale (esaurimento *orizzontale*). Ne deriva, pertanto, che il giudice nazionale costituisce il perno decisionale imprescindibile nel sistema giurisdizionale dei diritti fondamentali e che la tutela che viene apprestata in sede europea deve configurarsi come *ancillare*<sup>14</sup> rispetto a quella offerta in prima battuta nell'ordinamento nazionale.

D'altra parte, occorre rammentare che, come affermato nella stessa giurisprudenza europea, tali ricorsi non devono essere solo *esistenti*, ma anche *effettivi e adeguati*<sup>15</sup>, e la loro efficacia va valutata caso per caso<sup>16</sup>. Inoltre, con tale espressione, si fa riferimento

---

*libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, Padova, 2001, 579 ss.; C. PITEA, *Sub art. 35*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (cur.), Padova, 2012, 655 ss; B. CONFORTI, *Principio di sussidiarietà e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, 42 ss.

<sup>13</sup> Nel caso *De Jorio c. Italia* (sentenza 3 giugno 2004), nonostante l'eccezione del Governo italiano circa il mancato esaurimento dei rimedi interni, la pronuncia della Corte europea era intervenuta *in pendenza del giudizio civile* instaurato dal senatore De Jorio per ottenere il risarcimento del danno per il reato di diffamazione nei suoi confronti. In quell'occasione, il giudice europeo motivava l'accoglimento del ricorso, sebbene carente dei requisiti formali richiesti dall'art. 35, sottolineando come "Il s'ensuit que l'action civile du requérant est destinée à se heurter à la délibération du Sénat du 11 mars 1998, qui avait déclaré que l'immunité parlementaire trouvait à s'appliquer en l'espèce. Cette démarche est partant dépourvue de chances raisonnables de succès".

<sup>14</sup> Suggestiva è, a tal riguardo, l'immagine offerta da G. de VERGOTTINI (*Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010, 52), il quale tratteggia il sistema di tutela dei diritti, nei rapporti tra giudici comuni e giudici sovranazionali, non tanto come un sistema multilivello, quanto come un "sistema articolato su poli diversi che si presentano su un piano circolare, più che verticale, sincronicamente interagenti".

<sup>15</sup> Cfr. C.d.S., Grande Camera *Akdivar e al. c. Turchia*, sentenza 16 settembre 1996, in cui il giudice europeo afferma che "Secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti talune circostanze particolari possono dispensare il ricorrente dall'obbligo di esaurire i ricorsi interni ... Tale regola non si applica quando sia provata l'esistenza di una pratica consistente nella ripetizione di atti vietati alla Convenzione ... così da rendere vana o inefficace ogni procedura" (§ 65). Sul punto, si veda G. COHEN-JONATHAN, J.F. FLAUSS, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006, nonché R. PISILLO MAZZESCHI, *Art. 35 I*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, cit., 591 ss., per il quale "un ricorso è inefficace ed insufficiente se, considerando la giurisprudenza ben consolidata, esso non offre alcuna possibilità di successo".

<sup>16</sup> Cfr. C.d.S., *Riad e Idiab c. Belgio*, sentenza 24 gennaio 2008. Così, anche, *Bauman c. Francia*, sentenza 22 maggio 2001, nella quale si chiarisce che l'art. 35 "1 doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif (arrêt Cardot c. France du 19 mars 1991, série A n. 200, 18 § 34). (...) la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'accommode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu; en contrôlant le respect, il faut avoir égard aux circonstances de la cause (arrêt Van Oosterwijck c. Belgique du 6 novembre 1980, 18 § 35)" (§40); ed ancora, *A.B.C. c. Irlanda*, sentenza 10 dicembre 2010: "La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 35 § 1 de la Convention elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes. Celles-ci doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues" (§. 142). Più di recente, *Cofferati c. Italia*, sentenza 24 febbraio 2009, nella quale si ribadisce che "la Cour rappelle que dans le cadre du dispositif de protection des droits de l'homme, la règle de l'épuisement des voies de recours internes doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif. En même temps, elle oblige, en principe, à soulever devant les juridictions nationales appropriées, au moins en substance, dans les formes et délais prescrits par le droit interne, les griefs que l'on entend formuler par la suite au niveau international (voir, parmi beaucoup d'autres, *Azinas c. Chypre* [GC], no [56679/00](#), § 38, CEDH 2004-III, et *Fressoz et Roire c. France* [GC], no [29183/95](#), § 37, CEDH 1999-I) ... Cependant, l'obligation découlant de l'article 35 § 1 se limite à celle de faire un usage normal des recours vraisemblablement efficaces, suffisants et accessibles (*Sofri et autres c. Italie* (déc.), no [37235/97](#), CEDH 2003-VIII). En particulier, la Convention ne prescrit l'épuisement que des recours à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats. Ils doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement

alle vie di ricorso ordinarie, in quanto suscettibili di essere domandate direttamente dall'individuo il cui diritto è stato leso, non già alla vie di ricorso straordinarie, quale, ad esempio, la domanda di grazia, poiché esula dalla sfera potestativa del singolo. In assenza di tali ricorsi, è possibile *in via d'eccezione*<sup>17</sup> e in deroga al dettato dell'art. 35 CEDU adire la Corte europea per ottenere opportuno ristoro al diritto (convenzionale) violato. Spetta, in ogni caso, allo Stato (*rectius*, Governo<sup>18</sup>) dimostrare l'*effettività*<sup>19</sup> dei rimedi giurisdizionali nazionali e, qualora ciò dovesse risultare dubbio, la Corte tende ad interpretare la questione circa il mancato esaurimento di ricorsi interni in modo da non pregiudicare (ulteriormente) il diritto che il singolo fa valere dinanzi ad essa<sup>20</sup>.

Pertanto, l'utilizzo che la Corte europea fa dell'art. 35 Cedu nel senso di verificare la concreta sussistenza nell'ambito nazionale di strumenti riparatori effettivi nella *reale disponibilità* dell'individuo per far valere le proprie doglianze implica a monte un'operazione di bilanciamento tra le esigenze di tutela del diritto *sostanziale* e le "contingenze" del diritto *processuale*, ossia un raffronto tra la potenziale tutela che meriterebbe il diritto leso e quella effettivamente assicurata in sede giudiziale. Qualora tale differenza dovesse essere significativa, il giudice, pur in difetto del requisito di cui all'art. 35, par. 1, dovrebbe dichiarare ammissibile il ricorso ed entrare nel merito per scongiurare il rischio di contribuire al diniego di giustizia interno.

6. Alla luce del contesto normativo sovranazionale, la decisione in commento sembra porsi perfettamente in linea con quanto statuito dal dettato convenzionale e confermato dalla prassi giurisprudenziale sul punto<sup>21</sup>.

---

en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues (Dalia c. France, 19 février 1998, § 38, Recueil des arrêts et décisions 1998-I). De plus, selon les « principes de droit international généralement reconnus », certaines circonstances particulières peuvent dispenser le requérant de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes qui s'offrent à lui (Aksoy c. Turquie, Recueil 1996-VI, § 52, 18 décembre 1996).» (§ 44-46).

<sup>17</sup> Cfr. C.d.S., *Scordino c. Italia*, sentenza 29 marzo 2006.

<sup>18</sup> Nel caso in cui il ricorso non venga comunicato al Governo, la Corte europea può valutare d'ufficio l'osservanza del requisito di cui all'art. 35, par. 1, CEDU; qualora, invece, quest'ultimo venga comunicato al Governo, e lo Stato nulla eccepisca al riguardo, la Corte non è tenuta a valutare d'ufficio l'eventuale mancanza di esaurimento di rimedi interni (così, anche, CO.D.U., *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, sentenza 9 dicembre 1994, 35).

<sup>19</sup> Cfr. così, C.d.S., *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, ove si specifica che "en l'absence d'un remède interne spécifique, il appartient au Gouvernement de démontrer, à l'appui d'une jurisprudence interne, le développement, la disponibilité, la portée et l'application de la voie de recours qu'il invoque (voir, mutatis mutandis, Melnītis c. Lettonie, no [30779/05](#), § 50, 28 février 2012 et McFarlane c. Irlande [GC], no [31333/06](#), §§ 115-127, 10 septembre 2010). En outre, l'existence d'un recours interne ne saurait être invoquée par le Gouvernement en l'absence d'une jurisprudence interne qui démontre son effectivité en pratique et en droit, d'autant moins lorsque cette jurisprudence émane d'une juridiction de première instance (Lutz c. France (no 1) (no [48215/99](#), § 20, 26 mars 2002))" (§ 37).

<sup>20</sup> Cfr. C. PITEA, *Art. 35*, cit., 660.

<sup>21</sup> Cfr., tra le altre, C.d.S., *Demopoulos e al. c. Turchia*, 5 marzo 2010; *Latak c. Polonia*, 12 ottobre 2010; *H.K. c. Belgio*, 29 gennaio 2010; *Bayraktı v. Turkey*, 28 febbraio 2012; *Daddi c. Italia*, 16 giugno 2009; *X c. Irlanda*, 20 ottobre 2010; *Horváth and Vadász c. Ungheria*, 29 novembre 2010; *Taron c. Germania e Garcia Ciancio c. Germania*, entrambe dell'1 giugno 2012. Si rinvia, più di recente, a due pronunce della Corte europea (*Rexhepi e al. c. Italia e Stella e al. c. Italia*, entrambe del 16 settembre 2014), con le quali il giudice di Strasburgo ha dichiarato l'irricevibilità dei ricorsi presentati da alcuni detenuti italiani per denunciare la condizione di sovraffollamento carcerario interno. In particolare, la Corte emette la decisione di irricevibilità in ragione del mancato esperimento dei rimedi interni, facendo rinvio a quegli strumenti riparatori, introdotti nell'ordinamento italiano dal D.l. n. 92 del 2014, convertito nella L. n. 117 del 2014 a seguito della procedura pilota adottata dalla stessa Corte nei confronti dell'Italia con la sentenza *Torreggiani e al. c. Italia* dell'8 gennaio 2013. Peraltro, tale pronuncia costituisce sicuramente un *novum* nel panorama europeo, in quanto la Corte Edu, nel caso di specie, non valuta il previo esaurimento dei ricorsi interni al momento della proposizione del ricorso dinanzi ad essa (cosa che, molto probabilmente, non avrebbe condotto all'irricevibilità

Tuttavia, l'odierna pronuncia di irricevibilità suscita qualche perplessità in considerazione di quanto deciso dalla Corte di Strasburgo in altri casi, nei quali parimenti non erano stati esperiti rimedi interni. Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza *Costa e Pavan c. Italia* del 28 agosto 2012<sup>22</sup> (divenuta definitiva nel febbraio del 2013), con la quale il giudice europeo ha dichiarato che il divieto di accesso alla diagnosi preimpianto per le coppie che - sebbene non infertili né sterili - siano affette da malattie geneticamente trasmissibili violi l'art. 8 CEDU (non anche l'art. 14 CEDU<sup>23</sup>, così come prospettato dalla coppia ricorrente), ravvisando un'*incoerenza* dell'ordinamento italiano che, da una parte, vieta di effettuare la diagnosi preimpianto per accertare la sussistenza di malattie genetiche e, d'altra, consente, ove queste vengano accertate, di procedere, a gravidanza già iniziata, ad aborto terapeutico ai sensi della legge n. 194 del 1978. In quell'occasione, il Governo italiano aveva evidenziato come il ricorso della coppia affetta da fibrosi cistica fosse in realtà irricevibile, stante l'assoluta mancanza di qualsiasi pronuncia interna sul caso concreto. Ciò nonostante, la Corte europea, superando le obiezioni *processuali* prospettate dallo Stato italiano, chiariva come proprio il divieto di PMA omologa e di diagnosi preimpianto a coppie con patologie genetiche che non sono infertili né sterili, ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge n. 40 del 2004, impedisse a qualsiasi giudice interno di consentire tale procedura, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, e che, sebbene vi fosse stata qualche pronuncia<sup>24</sup> interna favorevole, questa non poteva che considerarsi come del tutto "isolata".

D'altro canto, il giudice di Strasburgo aggiungeva che, tra i rimedi da esperire in virtù del successivo ricorso in sede europea, non è possibile annoverare il giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, il cui accesso non è – contrariamente a quanto previsto in altri ordinamenti<sup>25</sup> – *diretto* da parte del singolo individuo<sup>26</sup>, ma è pur sempre condizionato alla valutazione del giudice *a quo* (rilevanza, non manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice) ed alla conseguente rimessione della questione di legittimità costituzionale.

Il raffronto tra le due vicende - *Costa e Pavan*, da una parte e *X e Y*, dall'altra - che hanno condotto - sebbene caratterizzate entrambe dal mancato esperimento di rimedi interni -

nell'assenza dell'intervento legislativo nazionale), ma sposta la verifica ad un momento successivo, di modo da consentire ai ricorrenti di usufruire in primo luogo dei rimedi interni e, solo nel caso di loro inefficacia, di ricorrere nuovamente in sede europea, chiarendo che "Cette conclusion ne préjuge en rien d'un éventuel réexamen de la question de l'effectivité du recours et de la capacité des juridictions internes à établir une jurisprudence uniforme et compatible avec les exigences de la Convention" (in senso analogo, anche, *Valcheva and Abrashev c. Bulgaria* e *Balakchiev e al. c. Bulgaria*, 28 giugno 2013). La Corte, quindi, riafferma il carattere *sussidiario* del proprio intervento rispetto alla tutela che il giudice nazionale deve poter garantire.

<sup>22</sup> C.d.S., *Costa e Pavan c. Italia*, sentenza 28 agosto 2012. Per un commento si veda C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*; F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa e Pavan della II Sezione della Corte Edu*, in *Rivista AIC*.

<sup>23</sup> La Corte di Strasburgo ha dichiarato che la norma che vieta la diagnosi preimpianto non viola l'art. 14 CEDU (principio di non discriminazione) in base al presupposto – erroneo – che tale divieto sia assoluto.

<sup>24</sup> Si fa riferimento a Trib. Salerno, 9 gennaio 2010. In particolare, la Corte chiarisce che "l'ordonnance du tribunal de Salerne a été prononcée par une instance de premier degré, n'a pas été confirmée par une jurisprudence ultérieure et ne constitue qu'une décision isolée. En tout état de cause, on ne saurait reprocher valablement aux requérants de ne pas avoir introduit une demande visant l'obtention d'une mesure qui, le Gouvernement le reconnaît explicitement (voir paragraphe 73 ci-dessous), est interdite de manière absolue par la loi" (§ 38).

<sup>25</sup> Cfr. *Verfassungsbeschwerde* tedesco, *Individualbeschwerde* austriaco e *recurso de amparo* spagnolo.

<sup>26</sup> Così, anche C.d.S., *Padovani c. Italia*, 26 febbraio 1993, § 20; *Cordova I c. Italia*, sentenza 30 gennaio 2003, § 32; *Cofferati c. Italia*, sentenza 24 febbraio 2009, § 48, nella quale la Corte precisa che "nell'ordinamento giuridico italiano, un individuo non gode di un accesso diretto alla Corte costituzionale: ha facoltà di adirla, su richiesta di una parte o d'ufficio, solo una giurisdizione che conosce del merito di una causa. Pertanto, una simile domanda non può tradursi in un ricorso del quale (...) la Convenzione esige l'esperimento".

rispettivamente, ad una sentenza di *merito* e ad una *processuale*, sembra dimostrare come l'effettiva disponibilità dei ricorsi interni sia anch'essa un argomento utilizzato dal giudice europeo per selezionare i casi sui quali pronunciarsi<sup>27</sup>. Nel caso *Costa e Pavan*, la Corte di Strasburgo, nonostante l'evidente mancanza di qualunque ricorso esperito dalla coppia a livello interno, è entrata nel merito della questione<sup>28</sup>, (forse) forte del *consensus* europeo intorno alla legittimità della diagnosi preimpianto anche per coppie con patologie genetiche, salvo la contrarietà di alcuni Stati, tra cui l'Austria, la Svizzera e la stessa Italia. Al contrario, nella pronuncia in commento, la Corte oppone l'ostacolo processuale della mancata esperibilità dei rimedi interni.

7. Sulla scorta degli elementi di fatto caratterizzanti le due vicende che si è tentato di riportare e di porre a confronto, potrebbe argomentarsi che non solo ragioni di politica *processuale*, ma anche considerazioni di natura *politica* influenzano – o almeno possono nei fatti influenzare – la scelta del giudice europeo – al pari delle Corti supreme nazionali – di pronunciarsi sui casi sottoposti, a seconda della solidità o meno delle questioni portate alla propria attenzione.

Invero, indubbiamente la materia oggetto della fattispecie in questione involve tematiche di non facile risoluzione. Il concetto di famiglia e, soprattutto, quello di *genitorialità* impone una riflessione sulla rilevanza da attribuire, anche alla luce delle innovazioni scientifiche, al fondamento *genetico* del rapporto familiare. La moltiplicazione dei modelli affettivi, sempre più slegati da vincoli sanguigni, e, d'altra parte, la frammentazione dei paradigmi familiari complicati, talvolta, dalla presenza di soggetti esterni al nucleo familiare *stricto sensu* dimostrano come la struttura sociale si stia evolvendo verso canoni tradizionali *rinnovati*.

Tralasciando qualsiasi giudizio di valore sul merito di una tale trasformazione socio-culturale, alla luce della pluralità dei fattori che meriterebbero un approfondimento difficilmente riassumibile in queste poche osservazioni, si vuole solo evidenziare qui come la struttura familiare sembri cambiare e proprio nel senso che emerge dalle parole del Tribunale di Roma. L'*affectio* alla base dei rapporti affettivi diviene un elemento dirimente per la crescita psico-sociale dell'individuo, tale da giustificare anche il mancato riconoscimento della *corrispondenza* genetica dei genitori che ne rivendicano la genitorialità<sup>29</sup>, qualora quest'ultima andasse a danneggiare quel complesso di sentimenti che si sono sedimentati nel corso del rapporto tra figlio e genitori legali (non genetici).

Tuttavia, volendo in questa sede concentrarsi sull'elemento processuale che ha determinato la sentenza in commento, e non su quello – pure altrettanto significativo –

<sup>27</sup> L'uso flessibile del canone dell'art. 35 CEDU era stato evidenziato, peraltro, in occasione della Conferenza di Interlaken del 2010. In tal senso, cfr. B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, 18, la quale evidenzia che “L'atteggiamento della Corte europea nel valutare la sussistenza dei requisiti di ammissibilità del ricorso dimostra chiaramente come il giudice europeo sia “signore” delle proprie regole processuali, sia in grado cioè di temperarne la portata in base alla valutazione dell'interesse a decidere. Questa visione “sostanzialista” del proprio processo pare accomunare la Corte europea alle Corti costituzionali come effetto del peculiare punto di vista dal quale esse sono chiamate a giudicare: la prospettiva dei diritti”.

<sup>28</sup> In senso critico sull'atteggiamento della Corte di Strasburgo, cfr. B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei “desideri” (Corte EDU, Costa e Pavan c. Italia, sent. 28 agosto 2012-11 febbraio 2013)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013.

<sup>29</sup> In senso analogo, particolarmente incisivo risulta il commento, immediatamente successivo all'ordinanza dell'8 agosto, di V. ZAGREBELSKY, *La legge mette comunque i bambini al primo posto*, in *La Stampa*, 9 agosto 2014, il quale argomenta che “La regola secondo la quale in ogni caso, ciò che conta è la composizione genetica dell'embrione da cui il nato deriva ... assimilerebbe l'embrione (erroneamente) impiantato nella donna che non ne era destinataria, al pacco che il postino consegna all'indirizzo sbagliato e che il proprietario, vero destinatario, rivendica davanti al giudice dicendo “è mio”, con il rischio di considerare la donna gestante come un mero involucro priva di qualsiasi diritto sul proprio corpo, e sul feto che porta in grembo.



relativo alla crucialità della scelta di diventare genitori, quello che interessa è evidenziare come la Corte europea si sia limitata a rigettare, facendo ristretta applicazione della lettera dell'art. 35 CEDU, il ricorso della coppia dei genitori genetici dei gemelli, indicando loro, peraltro, anche le opportune sedi per far valere i loro diritti e ottenerne riconoscimento. Ora, quindi, tocca al giudice italiano<sup>30</sup>, qualora interpellato, statuire quale *famiglia* debba prevalere e, di conseguenza, essere preservata.

\*\* Dottoranda in Diritto pubblico, giustizia penale ed internazionale presso l'Università degli studi di Pavia

---

<sup>30</sup> Sulla rilevanza del ruolo del giudice nella risoluzione delle questioni a carattere spiccatamente etico, cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, 189 ss.