

Limiti di accesso della coppia fertile alla PMA e PGD e violazione della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo: ancora una condanna per l'Italia*

Note a margine della Sentenza della Corte EDU del 28.08.2012

di Gianni Baldini

Docente di Biodiritto nell'Università di Firenze

Sommario: 1. Ancora una pronuncia della Corte EDU in materia di PMA che censura la legge 40/04. 2. Precisazioni sulla duplice portata della sentenza della Corte. 3. Gli argomenti delle parti e il ragionamento della Corte. 4. La violazione del 'diritto alla vita privata e familiare' (art. 8 CEDU). La possibile violazione del principio di non discriminazione (art. 14 CEDU).

1. Ancora una pronuncia della Corte EDU in materia di PMA che censura la legge 40/04.
2. La CEDU ancora una volta interviene sulla legge 40/04. Anche in questo caso la pronuncia incide pesantemente su un altro aspetto essenziale della normativa (che finora era stato affrontato dai giudici interni solo con una isolata ordinanza dal Tribunale di Salerno nel 2010)[\[1\]](#): la questione inerente i requisiti per l'accesso alla PMA e la collegata vicenda della ammissibilità della diagnosi genetica di pre impianto (PGD). Infatti se dopo le numerose ordinanze delle Corti di merito (Trib. Cagliari, Trib. Firenze 2007 e TAR Lazio 2008) e infine della Corte costituzionale nel 2009, sono venuti meno, almeno in punto di diritto, i dubbi sulla legittimità della diagnosi genetica pre-impianto (per le coppie sterili/infertili), la questione rimaneva ancora controversa per le coppie che sterili non sono posto che, all'art. 4 la L. 40/04 statuisce sull'inderogabilità circa la presenza di uno stato di sterilità/infertilità come condizione patologica che la coppia deve necessariamente presentare per l'accesso alla tecnica. Accogliendo le ragioni dei ricorrenti (coppia portatrice sana di fibrosi cistica) e delle Associazioni di pazienti intervenute *ad adiuvandum*, secondo il Giudice europeo tale limite viola il "il diritto al rispetto della vita privata e familiare" (art.8 Convenzione) in quanto incide su una scelta personalissima dell'individuo che lo Stato non si può arrogare il diritto di compiere[\[2\]](#). La censura della Corte involge anche profili di ragionevolezza della normativa interna attesa l'incoerenza del sistema che da un lato con la legge 40/04 non consente alle coppie fertili ma portatrici di patologia genetica trasmissibile di ricorrere alla PMA previa esecuzione della diagnosi genetica di pre-impianto, dall'altra, attraverso la legge 194/78

sull'interruzione di gravidanza, consente l'aborto terapeutico in caso di patologie del feto che determinino un rischio per la vita o la salute della donna (e la fibrosi cistica sicuramente è una di queste), accertate mediante diagnosi prenatali quali amniocentesi/villocentesi. In tutto ciò non c'è chi non veda l'evidente 'sproporzione' delle soluzioni prefigurate nelle due previsioni normative cui si aggiunge l'ingiustificata discriminazione tra coppie sterili e quelle alle quali, precludendosi la possibilità di PGD, viene di fatto impedito di operare preventivamente e con minori danni (alla salute della madre e del concepito in dipendenza del suo differente stadio di sviluppo) una scelta che comunque con oneri morali e materiali ben maggiori i soggetti sarebbero legittimati a compiere successivamente. Palese risulta la violazione di elementari principi di ragionevolezza e proporzionalità che il giudice non poteva omettere di rilevare.

Oltre a ciò vi sono altri aspetti della pronuncia della Corte EDU degni di nota.

Innanzitutto si tratta della prima volta in assoluto che la legge 40/04 viene espressamente censurata per contrasto con la legge 194/78 che ricordiamo essere norma ordinaria ma a "contenuto costituzionalmente necessario oltre che vincolato".

La Corte EDU riconosce poi un diritto al risarcimento del danno 'per pregiudizi morali' alla coppia causati da una previsione normativa interna ritenuta illegittima in quanto lesiva di fondamentali diritti della persona. Si tratta di un'affermazione importante che apre la discussione su un problema di enorme portata che trova riconoscimento in sede europea ma non ancora nel diritto interno: la responsabilità civile dello stato per 'legge ingiusta' che viola diritti fondamentali della persona.

D'altro canto, accanto a tali rilievi, non possono tuttavia tacersi taluni dubbi che la pronuncia pone all'interprete. Ci si chiede in particolare se il ricorso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 35 CEDU, sia pacificamente 'ricevibile' posto che i ricorrenti non avevano ottenuto alcuna pronuncia del giudice interno. Con riguardo al merito poi, il giudice europeo, forse spinto nell'equivoco dal *petitum* così come formulato dalla difesa dei ricorrenti e dalle conclusioni avanzate dal governo italiano, da per pacificamente assunta l'esistenza di un divieto di PDG nell'ordinamento italiano ricavabile direttamente dalla legge 40/04 che a partire dal 2008 deve *ex adverso* ritenersi non più vigente.

In tutti i casi ciò che risulta certo è l'aprirsi di un nuovo capitolo di scontro che, è facile prevedere, analogamente a quanto avvenuto con riguardo alla PMA eterologa, approderà ben presto anche nelle nostre aule di Tribunale. I Giudici di merito saranno costretti, verosimilmente, ad investire del problema ancora una volta la Corte Costituzionale che non è difficile immaginare sarà chiamata a pronunciarsi sulla conformità agli artt. 2, 3, 29 e 32 Cost. del divieto di accesso alle tecniche per i soggetti fertili ma affetti da patologia genetica trasmissibile alla prole, cui la legge 40/04, allo stato, in maniera del tutto irragionevole, lascia solo la 'crudele' scelta di concepire un figlio malato salvo poi la possibilità di optare per l'aborto terapeutico.

Non da oggi avevamo sostenuto con forza l'argomento 'dell'antinomia normativa' tra L. 40 e L. 194. Solo oggi però con tutta la sua autorevolezza la CEDU riprende la questione e la pone al centro del proprio ragionamento di censura della legge sulla PMA con ogni effetto consequenziale su altre

‘questioni aperte’: legittimità della PMA c.d. eterologa, divieto assoluto di sperimentazione sull'embrione, irrevocabilità del consenso

2. Precisazioni sulla duplice portata della pronuncia della Corte .

Preliminarmente alla disamina del provvedimento del Giudice europeo, al fine di individuarne in maniera certa gli effetti e la loro corretta portata per il nostro ordinamento, si rende necessario precisare l'equivoco di fondo che ove non rilevato, rischia di ingenerare, a nostro avviso, confusione nel legislatore, nel giudice interno, nell'interprete chiamati, ognuno nel proprio ambito, a consentire l'adeguamento delle disposizioni interne alle decisioni della Corte Europea.

La Corte EDU, in forza del ricorso così come formulato dalla difesa della coppia, secondo la quale sarebbe sussistente uno specifico divieto per le coppie fertili di accedere alla PMA e un generico divieto per tutte le categorie di soggetti di accedere alla PGD[3] ricavabile direttamente dalla legge[4], tesi cui aderisce anche il convenuto governo italiano, ha ritenuto fondato l'assunto e si è dunque pronunciata, oltre che sulla questione attinente la legittimità dei limiti per la coppia fertile e portatrice di patologia genetica di accedere alla PMA, anche sul presunto divieto generale alla PGD[5]. Sulla base di tali conclusioni il Giudice è stato indotto dunque ad operare una duplice verifica circa la conformità ai principi della Convenzione della indicata esclusione della coppia ricorrente dalla PMA e dalla PGD.

Pacifico e non controversa la sussistenza e l'inderogabilità[6] del divieto contenuto all'art. 4 per le coppie fertili di ricorrere alla PMA, con riguardo alla seconda questione, come è noto, in forza dell'unanime orientamento della giurisprudenza e dell'opinione prevalente in dottrina[7], pur in assenza di una espressa indicazione positiva sul punto, alla luce delle Linee Guida sulla PMA del 30.04.2008 (emanate a seguito delle sentenze dei Tribunali di Cagliari, Firenze e del TAR del Lazio[8] che cancellavano il divieto di diagnosi pre-impianto di tipo genetico contenuto nelle precedenti Linee Guida del 2004[9]), ma soprattutto in forza della pronuncia della Consulta del 2009[10], la PGD deve ritenersi pienamente legittima nel nostro ordinamento[11].

Pur non inficiando la correttezza formale e sostanziale della decisione ove non chiarita la questione avrebbe potuto alimentare confusione sia sul piano qualificatorio che applicativo. Così, segnatamente agli effetti, emerge una duplice portata della decisione in commento: da un lato essa incide in maniera diretta sulla legge 40/04 censurandone la previsione (di cui agli artt. 1,4 e 5) che escludono le coppie fertili e portatrici di patologie genetiche di ricorrere alla PMA; dall'altro, fornisce all'interprete ulteriori argomenti per ritenere, *de jure condito* e *condendo*, la sussistenza di un eventuale divieto alla PGD del tutto illegittima.

Atteso il valore sub costituzionale delle pronunce della Corte EDU deve ritenersi che, in linea con la più recente giurisprudenza della Corte cost.[12], il giudice interno dovrà procedere ad una

interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione di legge censurata conforme con quanto indicato dalla Corte EDU; ove ciò non risultasse possibile dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma innanzi alla Consulta. Secondo altro orientamento^[13] attesa la ratifica da parte dell'Italia del Trattato di Lisbona che all'art. 6 dispone l'adesione della UE alla CEDU da cui conseguirebbe la 'comunitarizzazione' del diritto della Convenzione^[14], il giudice interno potrebbe operare direttamente l'applicazione della norma/decisione CEDU con conseguente disapplicazione della norma interna incompatibile^[15].

Dati gli assunti, risulta evidente che tale meccanismo opererà in maniera differenziata riguardo ai due profili evocati. Quanto alla problematica dei limiti di accesso alla PMA per la coppia fertile, gli spazi per un'interpretazione costituzionalmente orientata della legge risultano esigui se non inesistenti posto che la disposizione di cui all'art. 4 per come formulata in combinato disposto con gli art. 1 e 5, non pare offrire margini interpretativi che consentano di ammettere alle tecniche le coppie che non risultino sterili ovvero infertili. Semmai qualche spiraglio potrebbe offrire una interpretazione estensiva del concetto di infertilità tale da ricomprendervi tutte le situazioni che presentino un rischio attuale, grave e ineliminabile, di pericolo per la salute della donna e del nascituro dal ricorso alle procreazione per via naturale.

Con riguardo al problema dell'ammissibilità della PGD, attesa la rimozione del divieto prima per via giurisprudenziale poi normativa, operata nel 2008 e confermata nel 2009 dalla richiamata sentenza della Corte cost., gli argomenti utilizzati dalla Corte EDU a sostegno della piena ammissibilità del fenomeno e della conseguente irragionevolezza e incoerenza sistematica circa la permanenza della preclusione nel nostro ordinamento, costituiscono un'ulteriore conferma delle conclusioni cui la giurisprudenza interna è da quasi un lustro pervenuta.

Chiarita la questione è ora possibile passare in rassegna le ragioni in forza delle quali la Corte EDU ha ritenuto del tutto infondate le argomentazioni sostenute dai convenuti a giustificazione delle preclusioni contenute nella legge.

3. Gli argomenti delle parti e il ragionamento della Corte

Il fondamento delle richiamate preclusioni alla PMA e PGD per la coppia fertile portatrice di patologia genetica trasmissibile sarebbe giustificato: dall'esigenza di tutela della salute e della dignità del nato e della madre; dai pericoli di derive eugenetiche conseguenti al riconoscimento di un « *droit à avoir un enfant sain* » ; dalla necessità di tutelare la dignità e la libertà di coscienza dell'operatore sanitario. I convenuti invocano pure l'assenza di un consenso europeo e la necessità di veder riconosciuta allo Stato nazionale, nelle materie attinenti cc.dd. temi eticamente sensibili, un margine di apprezzamento particolarmente ampio.

Si tratta di argomenti che devono essere fermamente confutati in fatto e diritto.

Premesso che la nozione di embrione in vitro non può essere assimilata a quella di un essere umano già nato[16], non si comprende, né i convenuti si preoccupano d'altra parte di articolare il discorso in tal senso, in cosa possano consistere gli invocati rischi per la dignità e la salute della madre e del nato conseguenti alla possibilità che le coppie fertili possano accedere alle tecniche di PMA ovvero di PGD e in che cosa e come tali rischi dovrebbero differenziarsi rispetto a quelli riconducibili alle coppie in condizioni di sterilità/infertilità.

Altrettanto infondata risulta la questione del c.d. diritto al bambino sano. Sul punto ci si limita ad osservare come la questione non sia, nel caso di specie, neppure correttamente posta, atteso che la richiesta della coppia di accedere alla PMA previa esecuzione della PGD non risulta fondata sulla pretesa di una condizione di 'integrale sanità' quanto sull'esigenza di evitare che il nato sia affetto da quella 'specifica malattia'[17], peraltro, particolarmente severa, di cui sono portatori i genitori. In altri termini, con la diagnosi pre - impianto non si pretende di selezionare un embrione privo di 'qualsiasi malattia' ovvero dotato di 'peculiari' caratteristiche biotipiche, quanto non affetto da quella 'specifica patologia', grave ed incurabile, di cui sono portatori sani i genitori[18]. Data la natura meramente diagnostica che l'impiego della PGD nell'ottica sopra rappresentata darebbe luogo, considerata l'esclusiva finalizzazione della stessa a consentire la formazione di un consenso realmente informato nella coppia che vi ricorre[19], preso atto che l'informazione medica alla medesima fornita è diretta a prevenire e scongiurare scelte ben più drammatiche -consentite dall'ordinamento- quale quella di ricorrere all'aborto terapeutico, ne deriva la piena liceità del fenomeno[20] con ogni effetto consequenziale in relazione alla asserita violazione della dignità della donna, del nato e del medico.

Con specifico riguardo alla PGD proprio la possibilità per la donna di accedere all'aborto terapeutico ex art. 9 L. 194/78, sottolinea in maniera palese l'irragionevolezza dell'asserito divieto posto che sussistendo le condizioni legittimanti previste dalla legge -pericolo per la vita e/o la salute della donna medicalmente accertato- all'esito della diagnosi genetica prenatale effettuata sul feto oltre il 3° mese su richiesta della madre, il sistema non permetterebbe di far acquisire alla donna 'prima' una informazione che le consentirebbe di evitare di assumere 'poi' una decisione ben più gravida di conseguenze pregiudizievoli per la salute (o comunque di rischi in tal senso). Tale irragionevolezza emerge anche con precipuo riguardo alla posizione del concepito e al suo supposto interesse alla vita e allo sviluppo, posto che quella medesima informazione circa la presenza a carico dello stesso di una specifica patologia, darebbe luogo a scelte da parte della donna che in dipendenza del contesto sono destinate a produrre effetti ben diversi per l'embrione. Infatti consentire la PGD non significherebbe necessariamente sopprimere l'embrione quanto crioconservarlo con possibilità per lo stesso di essere utilizzato per altri cicli procreativi da parte di terzi (c.d. PMA eterologa) ovvero per essere destinato a ricerca clinica o sperimentale (scopi entrambi non consentiti dal nostro legislatore ma pacificamente ammessi nella maggioranza dei paesi europei). *Ex adverso* non consentire la PGD, implicherebbe che una volta rilevata la patologia all'esito dell'esperimento di una indagine genetica pre-natale, alla madre non rimarrebbe altra alternativa, sussistendone beninteso le condizioni, che sopprimere il feto ricorrendo alla IVG.

Anche le questioni attinenti al consenso europeo e al margine di apprezzamento risultano poste in maniera del tutto strumentale. Con riguardo al primo perché, contrariamente a quanto sostenuto dai convenuti, esiste un ampio consenso europeo intorno alla possibilità per le coppie fertili ma portatrici di patologie genetiche di ricorrere alla PMA (appena 3 su 39 sono i paesi che lo escludono espressamente)[21] così come alla connessa tecnica di PGD.

Segnatamente all'invocato margine di apprezzamento che in dipendenza della natura eticamente sensibile della questione, secondo un recente indirizzo della Grand Chambre[22], dovrà essere necessariamente ampio, si rileva come in questo caso il sindacato della Corte investa una questione specifica che *“a pour tâche de vérifier la proportionnalité de la mesure litigieuse à la lumière du fait que la voie de l'avortement thérapeutique est ouverte aux requérants”*[23]. Non si tratta dunque di verificare della conformità di un divieto generale rispetto all'art. 8 della Convenzione quanto di censurare 'un'incoerenza normativa' specifica[24] che da un lato non consente la diagnosi pre-impianto sull'embrione finalizzata alla sua selezione mentre dall'altro permette la diagnosi pre-natale sul feto finalizzata alla sua soppressione.[25]

4. La violazione del 'diritto alla vita privata e familiare' (art. 8 CEDU). La possibile violazione del principio di non discriminazione (art. 14 CEDU).

Alla luce di quanto precede, tenuto conto dell'articolata ricostruzione del concetto di 'vita privata' operato dalla Corte di Strasburgo -arricchitosi nel corso degli anni fino a ricomprendere nella nozione il diritto: a sviluppare relazioni con i propri simili, all'autodeterminazione, al rispetto della propria identità e orientamento sessuale, alla scelta sull'*an sulquando* (e sul *quomodo*) diventare o non diventare genitori[26]-, il divieto previsto nell'art. 4 della legge 40/04 per le coppie fertili e portatrici di patologia genetica trasmissibile di ricorrere alla PMA preceduta da una PGD -allo scopo di evitare il rischio di generare prole inferma- risulta all'evidenza lesivo degli interessi protetti dall'art. 8 della Convenzione[27]. Rispetto a ciò, quantomeno nei sistemi giuridici che accanto a tale divieto consentono comunque il ricorso della donna all'aborto terapeutico, la richiamata violazione appare certa posta la palese contraddittorietà, incoerenza e irragionevolezza cui la coesistenza di tali previsioni danno luogo. In tal senso infatti, il problema non si pone solo sotto l'aspetto della congruità e proporzionalità tra il mezzo impiegato e il fine perseguito (come nella vicenda attinente la PMA c.d. eterologa[28]), quanto anche sotto il profilo della compatibilità e coerenza logica di due previsioni che non trovano ragioni per coesistere in un medesimo sistema posto che rappresentano soluzioni normative espressione di un bilanciamento di interessi inconciliabile. Il risultato cui si perviene può ben qualificarsi in termini di antinomia normativa.

Prendendo le mosse dall'assunto circa la piena vigenza nell'ordinamento interno di un divieto assoluto di PGD per tutte le categorie di soggetti (coppie fertili e sterili) ad esclusione delle coppie in cui l'uomo è affetto da patologia virale trasmissibile sessualmente, così come previsto dall'art. 14 delle Linee Guida del 2008, la Corte EDU non ritiene violato invece l'art. 14 della Convenzione posto che *“Les techniques de la procréation assistée ne seraient utilisées dans ce contexte qu'afin*

d'épurer le sperme de sa composante infectieuse. A la différence du D.P.I., il s'agit donc d'un stade précédant celui de la fécondation de l'embryon »[29]. Dunque trattandosi di intervento diagnostico e terapeutico diverso dalla PGD rispetto all'applicazione della quale sussisterebbe un divieto generale, la Corte non ritiene violato il principio di non discriminazione ex art. 14 della Convenzione[30]. Per le ragioni viste supra, si tratta all'evidenza di una conclusione fondata sull'assunto errato secondo il quale sussisterebbe nell'ordinamento italiano un generico divieto alla PGD ricavabile dalla legge. Ove *ex adverso* la Corte EDU avesse correttamente ritenuto la tecnica di PGD entro i limiti stabiliti dagli artt 4 e 5 (coppie sterili/infertili, eterosessuali, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile) consentita, l'esito del giudizio sarebbe stato diverso. Infatti ove il divieto di PGD fosse stato ritenuto vigente, come in realtà avrebbe dovuto, solo per le coppie fertili, la violazione del principio di uguaglianza sarebbe risultata integrata posto che il differente trattamento giuridico di soggetti posti in una determinata materia in posizione comparabile, come nel caso in esame, si presenta priva di giustificazione obiettiva e ragionevole. Sul punto non c'è chi non veda come attesa l'identità dello scopo perseguito da coppie fertili e sterili, portatrici di patologia genetica trasmissibile -che ricorrono alla PMA proprio per poter assumere anticipatamente le informazioni circa la presenza della malattia genetica sul concepito, ancora embrione 'in vitro' e non feto in rapporto di immedesimazione organica con la madre- la situazione che ne deriva risulta caratterizzata dalla piena identità tra le stesse, sia riguardo alla posizione soggettiva che all'interesse perseguito, non giustificandosi quindi un trattamento differenziato in dipendenza della sussistenza o meno dell'ulteriore requisito soggettivo della sterilità.

Né, d'altro canto, la residualità ed eccezionalità dell'impiego delle tecniche di PMA nella prospettiva terapeutica assunta dalla legge 40/04 nel caso di specie viene meno posto che la decisione assunta di optare per la procreazione assistita invece che per quella naturale risulta giustificata dal pericolo della coppia fertile ma portatrice di patologia trasmissibile di concepire un figlio affetto da quella determinata patologia con l'unica alternativa dell'aborto terapeutico.

In conclusione, preso atto dell'identità degli scopi e degli interessi perseguiti dalle coppie fertili/sterili, scontato sarà l'esito del giudizio alla luce del canone di ragionevolezza, sulla compatibilità tra previsioni normative che da un lato negano al soggetto la possibilità di assumere preventivamente l'informazione sulle condizioni di salute dell'embrione concepito in vitro (al fine di evitare l'eventuale non impianto dello stesso) mediante la metodica di PGD e dall'altro, consentono il successivo eventuale aborto del feto ove portatore della patologia.

[1] Trib Salerno n. 2474/09, del 13 gennaio 2010. Per un primo commento cfr. L. D'Avack, *L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. Fam e pers.*, 2010, 1737 ss. e G. Ferrando *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 5, 2011, p. 519.

*Il presente commento costituisce un estratto del Saggio in corso di pubblicazione sulla rivista *Diritti Fondamentali*, fasc. settembre 2012.

[2] Corte EDU, 1^a sez, caso Costa-Pavan c. Italia, ric. 54270/10 del 28.08.2010.

[3] Precisioni teorico-pratiche di ordine medico inerenti la metodica si possono leggere in: F. Fiorentino, *La diagnosi genetica preimpianto: problemi pratici e questioni applicative in campo medico*, in *Tecnologie riproduttive e tutela della persona. Verso un comune diritto europeo per la bioetica* (a cura di G. Baldini e M. Soldano), FUP, Firenze, 2007, p. 117; A.P. Ferraretti, L. Gianaroli, "La Diagnosi genetica Pre-impianto", in *Contraccezione fertilità Sessualità*, vol 35 n. 2, 2008, p. 99 ss;

[4] Sul punto la Corte ritiene che « *Toutefois, aux termes de la loi no 40 du 19 février 2004, les techniques de P.M.A. ne sont accessibles qu'aux couples stériles ou infertiles. Le D.P.I. est interdit à toute catégorie de personnes* » Corte EDU sent. 28.8.2012, cit., par.10).

Le Linee Guida ministeriali del 30.04.2012 all'art. 14 precisano che l'accesso alle tecniche di PGD è consentito a prescindere dallo stato di sterilità, ai portatori di malattie virali trasmissibili sessualmente.

[5] Secondo la Corte « *Dans le cas d'espèce, la Cour constate qu'en matière d'accès au D.P.I., les couples dont l'homme est affecté par des maladies virales transmissibles sexuellement ne sont pas traités de manière différente par rapport aux requérants, l'interdiction d'accéder au diagnostic en question touchant toute catégorie de personnes* » (Corte EDU sent. 28.8.2012, cit., par.76).

[6] Sul punto v. contra Trib Salerno, 13 gennaio 2010, cit.

[7] Sia consentito il rimando a G. Baldini, *Considerazioni sulla diagnosi genetica di pre-impianto nell'evoluzione normativo giurisprudenziale intervenuta*, in *AAVV La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio: La parola alla Corte Costituzionale*, (a cura di M. D'Amico- B. Liberati), Ed Franco Angeli, Milano, 2012, p. 198 ss.

[8] In ordine cronologico: Tribunale di Cagliari 24 settembre 2007 con la quale viene disapplicata con efficacia *inter pares* la disposizione contenuta nelle Linee Guida del 2004 che limitava la diagnosi pre-impianto alla sola tecnica osservazionale, per un primo commento v. G. Ferrando, *Il Tribunale di Cagliari dice sì alla diagnosi reimpianto*, cit.; Tribunale di Firenze 17 dicembre 2007 con la quale oltre a disapplicare con efficacia *inter pares* la disposizione contenuta nelle Linee Guida del 2004 sulla indagine pre-impianto osservazionale viene consentita la crioconservazione degli embrioni soprannumerari/malati, sulla pronuncia sia consentito il rimando a G. Baldini, *Procreazione assistita l'ordine degli interessi tutelati è uno solo. Note a margine della c.d. ordinanza Mariani*, cit ; TAR Lazio, sez III, 21 gennaio 2007 n. 398 ritiene illegittima per eccesso di potere la specifica norma che

consentiva la sola indagine osservazionale contenuta delle Linee Guida Ministeriali 21 luglio 2004 e la espunge dal sistema con efficacia *erga omnes*, per un primo commento v. A. Figone, *Illegittimo il divieto di indagini reimpianto sull'embrione?*, in *Famiglia e diritto*, 5, 2008, p. 506 ss.

[9] Le linee Guida del 21 luglio 2004 contenevano un espresso divieto alla PGD prevedendo che la diagnosi pre-impianto sull'embrione potesse essere solo di tipo osservazionale.

[10] Corte cost. sent n. 151 dell'8 maggio 2009 sostanzialmente confermata da sent n. 97 del 12 marzo 2010.

[11] Sul punto sia consentito il rimando a G. Baldini, *Considerazioni sulla diagnosi genetica di pre-impianto nell'evoluzione normativo giurisprudenziale intervenuta*, in AAVV *La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio*, cit., p. 199 ss.

[12] Corte cost sent 348 e 349 del 2007 cc .dd. sentenze gemelle. Per un primo commento v. M. Cartabia *Le sentenze 'gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur Costituzionale*, 2007, p. 3564 e ss.

[13] Due pronunce della giurisprudenza amministrativa (sent. Cons. Stato sent n 1220/10 e TAR Lazio sez II bis, sent 11984/10) hanno per la prima volta significativamente invocato la ratifica del Trattato di Lisbona del 1 dicembre 2009 per affermare l'effetto diretto della CEDU nell'ordinamento italiano..

[14] Sul valore vincolante dei diritti dell'uomo per tutti gli Stati aderenti alla UE e per la stessa Unione si era peraltro già espressa la Corte di Giustizia che a partire dal 2003 ha costantemente ribadito come i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. Corte di Giustizia UE 12 giugno 2003 C-112/00.

[15] Su tali questioni sia consentito il rimando a G. Baldini *Diritti della persona e procreazione artificiale. Relazione 'tra sistema CEDU', ordinamento comunitario ed ordinamento interno. Riflessione su portata e valore delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in AAVV *Il divieto di donazione di gameti. Tra Corte costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, (a cura di M. D'Amico- B. Liberati), Ed Franco Angeli, Milano, 2011 p. 95 ss.

[16] Sul punto cfr Corte EDU 28.08.2012, cit., par. 62 "*La Cour n'est pas convaincue par ces arguments. Tout en soulignant que la notion d'« enfant » ne saurait être assimilée à celle d'« embryon », elle ne voit pas comment la protection des intérêts évoqués par le Gouvernement se concilie avec la possibilité ouverte aux requérants de procéder à un avortement thérapeutique lorsqu'il s'avère que le fœtus est malade, compte tenu notamment des conséquences que cela comporte tant pour le fœtus, dont le développement est évidemment bien plus avancé que celui d'un embryon, que pour le couple de parents, notamment pour la femme ».*

In tal senso si veda anche la Corte Suprema Irlandese nel caso Roche c. Roche et altri ([2009] IESC 82 (2009)), secondo la quale « *la notion d'enfant à naître (« unborn child») ne s'applique pas à des embryons obtenus dans le cadre d'une fécondation in vitro, ces derniers ne bénéficiant donc pas de la protection prévue par l'article 40.3.3. de la Constitution irlandaise qui reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître* ». Sul punto v. per tutti F.D. BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a 5 anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, citl, p. 185 ss. Sia consentito il rimando a G. Baldini, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia* (a cura di M Patti), CEDAM, Padova, 2012.

[17] La Corte ha ben chiara la questione : « *En effet, dans le cas d'espèce, le D.P.I. n'est pas de nature à exclure d'autres facteurs pouvant compromettre la santé de l'enfant à naître, tels que, par exemple, l'existence d'autres pathologies génétiques ou de complications dérivant de la grossesse ou de l'accouchement, le test en cause visant le diagnostic d'une « maladie génétique spécifique d'une particulière gravité [...] et incurable au moment du diagnostic* » (Corte EDU, 28.08.2012, cit., par. 54).

[18] Sul punto cfr: Comité Directeur pour la Bioéthique (CDBI) du Conseil de l'Europe, « Document de base sur le diagnostic préimplantatoire et prénatal », Strasbourg, 22 novembre 2010 (CDBI/INF (2010) 6), il quale al punto [c) Utilisation du D.P.I.] prevede che « *Le recours au D.P.I. pour des indications médicales a été demandé par des couples qui présentaient un risque élevé de transmission d'une maladie génétique spécifique d'une particulière gravité [...] et incurable au moment du diagnostic* ».

[19] Sul fondamento costituzionale del principio che postula la sussistenza del consenso informato quale condizione di legittimità di qualsiasi trattamento sanitario, v. per tutti Corte cost. sent. n. 438/08..

[20] Cfr Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'Uomo e la Biomedicina c.d. Convenzione di Oviedo, 4 aprile 1997, art. 12 “ Test genetici predittivi” e par. 83 del rapporto esplicativo alla Convenzione; Rapport JRC (Joint Research Centre), Commission Européenne : « Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe », Strasbourg décembre 2007 (EUR 22764 EN).

[21] Rileva la Corte come « *Il ressort en outre que le D.P.I. est autorisé dans les pays suivants : Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Norvège, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni, Fédération de Russie, Serbie, Slovénie et Suède . Cette matière ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique dans les pays suivants : Bulgarie, Chypre, Malte, Estonie, Irlande, Lettonie, Luxembourg, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Turquie et Ukraine. La Cour note que trois de ces pays (Chypre, Turquie et Slovaquie) autorisent l'accès au D.P.I. dans les faits* » (Corte EDU, sent 28.08.2012, cit., parr. 31 e 32).

[22] Cfr in tal senso la nota pronuncia della Grande Chambre. ric 57813/00 del 3 novembre 2010, c SH e altri c. Austria, in tema di legittimità del divieto parziale alla procreazione eterologa contenuto nella legge interna. Analogamente v.: Sen G.C. Lautsi c. Italia, ric. 30814/06 del 18.3. 2011; Sentenza G.C. A, B e C c. Ireland, ric. 25579/05, § 212, del. 16.12.2010.

[23] Corte EDU, 28.08.2012, cit., par. 69.

[24] Osserva la Corte come « *Force est de constater que le système législatif italien en la matière manque de cohérence. D'une part, il interdit l'implantation limitée aux seuls embryons non affectés par la maladie dont les requérants sont porteurs sains ; d'autre part, il autorise ceux-ci d'avorter un fœtus affecté par cette même pathologie* » (Corte EDU 28.08.2012, par. 64). Una tale incoerenza è pure sottolineata nel Rapport « *Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe* », nel quale viene stigmatizzata « *l'incohérence des systèmes interdisant l'accès au D.P.I. et autorisant l'accès au diagnostic prénatal et à l'avortement thérapeutique pour éviter des pathologies génétiques graves chez l'enfant* » » (JRC, Commission Européenne, cit., (EUR 22764 EN)).

[25] Osserva la Corte come a differenza della vicenda SH e altri c. Austria, cit., in questo caso « *Il s'agit d'une situation spécifique laquelle, d'après les éléments de droit comparé dont la Cour dispose, outre l'Italie, ne concerne que deux des trente-deux Etats ayant fait l'objet d'examen, à savoir l'Autriche et la Suisse. De plus, quant à ce dernier Etat, la Cour note qu'un projet de modification de la loi en vue de remplacer l'interdiction du D.P.I., telle qu'actuellement prévue, par une admission réglementée est actuellement en cours (paragraphe 30 ci-dessus)* ». Pertanto « *Compte tenu de l'incohérence du système législatif italien en matière de D.P.I. dans le sens décrit ci-dessus, la Cour estime que l'ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale a été disproportionnée. Ainsi, l'article 8 de la Convention a été enfreint en l'espèce* » (Corte CEDU 28.08.2012, par. 70 e 71).

[26] La Corte precisa come « *la notion de « vie privée » au sens de l'article 8 est une notion large qui englobe, entre autres, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables (Niemiets c. Allemagne, 16 décembre 1992, § 29, série A no 251-B), le droit au « développement personnel » (Bensaïd c. Royaume-Uni, no 44599/98, § 47, CEDH 2001-I), ou encore le droit à l'autodétermination (Pretty c. Royaume-Uni, no 2346/02, § 61, CEDH 2002-III). Des facteurs tels que l'identification, l'orientation et la vie sexuelles relèvent également de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (voir, par exemple, Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, § 41, série A no 45 et Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, 19 février 1997, § 36, Recueil 1997-I), de même que le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent (Evans c.*

Royaume-Uni, précité, § 71, A, B et C c. Irlande [GC], no 25579/05, § 212, CEDH 2010 et R.R. c. Pologne, no 27617/04, § 181, CEDH 2011 (extraits) ». (Corte CEDU 28.08.2012, par.56).

[27] Secondo la Corte EDU « *L'interdiction en cause constitue donc une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur vie privée et familiale.* (Corte EDU sent. 28.8.2012, cit., par. 58).

[28] Nella pronuncia SH et altri c. Austria , 1 aprile 2009, cit., la Corte EDU censura la legge interna austriaca che prevede un divieto parziale alla PMA c.d eterologa sotto il profilo della proporzionalità tra fine perseguito e mezzi impiegati.

[29] Sent Corte EDU, 28.08.2012, cit., par. 73.

[30] Sul punto « *La Cour rappelle que, au sens de l'article 14 de la Convention, la discrimination découle du fait de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées en une matière donnée dans des situations comparables (Willis c. Royaume-Uni, no 36042/97, § 48, CEDH 2002-IV, et Zarb Adami c. Malte, no 17209/02, § 71, CEDH 2006-VIII). Dans le cas d'espèce, la Cour constate qu'en matière d'accès au D.P.I., les couples dont l'homme est affecté par des maladies virales transmissibles sexuellement ne sont pas traités de manière différente par rapport aux requérants, l'interdiction d'accéder au diagnostic en question touchant toute catégorie de personnes* » (Corte EDU, 28.08.2012, par. 74,75)