

**Marco Rizzuti**  
**Dottore di Ricerca in Diritto Civile**  
**Assegnista di Ricerca presso l'Università di Firenze**  
**Università degli Studi di Firenze**

## **Il problema della diagnosi preimpianto**

(Nota a Trib. Milano, 18 aprile 2017)

**SOMMARIO: 1. Il caso e la decisione; 2. Osservazioni; 3. Possibili sviluppi.**

### **1. Il caso e la decisione.**

La vicenda che ha portato all’emanazione di questa significativa pronunzia riguarda una coppia qualificabile come fertile ai fini della legge sulla procreazione medicalmente assistita<sup>1</sup>, e pertanto impossibilitata ad accedere a tale trattamento sulla base del testo originario della stessa, anche se il *partner* di sesso maschile era affetto da esostosi, una grave patologia geneticamente trasmissibile. Richiamando la sentenza europea che ha giudicato irragionevole la scelta dell’ordinamento giuridico italiano che in siffatte ipotesi non ammetteva la diagnosi genetica preimpianto, ma consentiva poi quella prenatale e l’aborto<sup>2</sup>, la coppia richiedeva quindi di accedere alla pma e, a fronte del diniego opposto

---

<sup>1</sup> Gli artt. 1 e 4 della l. 19 febbraio 2004, n. 40, subordinavano l’accesso ai trattamenti di procreazione medicalmente assistita a finalità terapeutiche, per cui si richiedeva necessariamente che venisse in rilievo un caso di sterilità o infertilità documentata da atto medico, e che fosse accertata l’impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione. Le linee guida emanate dal Ministero della Salute, con d.m. 11 aprile 2008, hanno equiparato a tali ipotesi anche quella in cui ricorra la causa oggettivamente ostativa alla procreazione che si produce quando la parte maschile della coppia è affetta da patologie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da HIV, HBV od HCV. Le linee guida del luglio 2015 hanno quindi ragionevolmente aggiunto l’ipotesi in cui sia la donna ad essere affetta da tali patologie.

<sup>2</sup> Il riferimento è alla ben nota C. EUR., 28 agosto 2012, caso *Costa & Pavan v. Italy*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), che ha avuto modo di evidenziare l’irragionevole contrasto tra il divieto di diagnosi genetica preimpianto per le coppie fertili e la possibilità per le stesse di procedere all’aborto anche oltre il 90° giorno di gravidanza in seguito ad una diagnosi prenatale (solitamente tramite amniocentesi o villocentesi) di anomalie o malformazioni fetali, ai sensi dell’art. 6, lett. b, della l. 22 maggio 1978, n. 194 (cfr. G. BALDINI, *Procreazione medicalmente assistita e diagnosi genetica di preimpianto: una questione aperta*, in *Vita not.*, 2012, 1-40; nonché ID., *Coppia fertile e accesso alla procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. studi stato*, 2012, 1-29). Evidentemente il ricorso all’interruzione della gravidanza rappresenta per la madre una

da una struttura sanitaria pubblica, adiva le vie legali. Il giudice, non ritenendo possibile la disapplicazione diretta della disciplina interna contrastante col diritto sovranazionale<sup>3</sup>, sollevava una questione di costituzionalità, assorbita però dall'intervenuta decisione dei giudici di Palazzo della Consulta su di un'analoga questione sollevata in altro processo<sup>4</sup>. All'indomani della declaratoria di incostituzionalità della normativa che aveva denegato l'accesso alla pma alle coppie che versassero nella particolare condizione dei ricorrenti, costoro insistevano quindi nella loro richiesta, cui però la struttura sanitaria continuava ad opporre un diniego sulla base essenzialmente di due ordini di ragioni. Da una parte, venivano addotte circostanze fattuali attinenti alla difficoltà tecnica della procedura, che

---

prospettiva ben più gravosa di quella della diagnosi preimpianto, ma al limite si potrebbe sostenere che pure per il figlio la prospettiva della crioconservazione come embrione soprannumerario sia ad oggi un po' meno peggiore di quella dell'aborto, in quanto implica comunque una sopravvivenza ed una, almeno ipotetica, astratta possibilità di futuro impianto.

<sup>3</sup> In tal senso si era invece mosso T. ROMA, 23 settembre 2013, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), adito dagli stessi coniugi Costa Pavan in esecuzione della sentenza europea (cfr. A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, 251 e segg.), così derogando alle indicazioni fornite dalle sentenze gemelle C. COST., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), in base alle quali la violazione della Conv. EDU, come interpretata dalla sua Corte, da parte di una norma interna non legittima la disapplicazione di quest'ultima, come accadrebbe invece per una violazione del diritto comunitario, ma può determinare un'illegitimità costituzionale ex art. 117 Cost., da far valere nella sede competente. In proposito cfr. M.P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2015, 333 e segg.

<sup>4</sup> C. COST., 5 giugno 2015, n. 96, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1453 e segg., con nota di A. VALLINI, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, ha caducato il divieto di accesso alla procreazione assistita per tali coppie, mentre C. COST., 21 ottobre 2015, n. 229, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1, 62 e segg., con nota di A. VALLINI, *Gli ultimi fantasmi della legge '40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto*, ha eliminato la relativa sanzione penale di cui all'art. 13, commi 3, lett. b, e 4, della l. 40 del 2004. In proposito cfr. anche C. TRIPODINA, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2, 5 e segg.; M. GIACOMINI, *Il sì alla diagnosi preimpianto: un punto di arrivo o un punto di partenza?*, in *Forum Quad. cost.*, 28 giugno 2015; S. PENASA, *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in *Forum Quad. cost.*, 8 luglio 2015; A. IANNUZZI, *La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, 2015, 805 e segg.; C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le Corti. A margine di Corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, 1, 271-281; C. IAGNEMMA, *Diagnosi genetica preimpianto: problemi aperti in rapporto alla sentenza della corte costituzionale n. 229/2015*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 322 e segg.; R. POMIATO, *Diagnosi preimpianto e tutela dell'embrione: un equilibrio ancora precario*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 219 e segg.

ne avrebbero reso problematica o troppo onerosa l'esecuzione. Dall'altra, sul piano più propriamente giuridico, si sosteneva che la pronuncia dei giudici costituzionali non avrebbe comunque potuto trovare applicazione sino a che il legislatore non avesse provveduto all'emanazione della nuova specifica normativa al riguardo, sulla base di quanto auspicato dalla sentenza costituzionale stessa. Entrambe queste prospettazioni delle parti convenute sono state però rigettate dal giudicante.

Sul profilo fattuale la motivazione è più rapida, anche se non sbrigativa. Tra le righe vi si può leggere con ogni probabilità un certo scetticismo circa le asserite difficoltà tecniche insuperabili che si frapporterebbero all'attuazione di una pratica molto simile a quelle che la stessa struttura già offre alle coppie sterili<sup>5</sup>. Ad ogni modo si precisa che la clinica potrà adempiere anche in via indiretta, avvalendosi di altra struttura, e che, almeno nel caso di un sistema sanitario regionale che non versa in condizioni di dissesto, ragioni meramente finanziarie non possono escludere l'erogazione di prestazioni che, sebbene non incluse fra quelle ritenute essenziali, debbano comunque considerarsi oggetto di un diritto costituzionalmente riconosciuto<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Nella sentenza si legge, infatti, come ordinariamente presso la medesima struttura le coppie sterili accedano a diagnosi genetiche preimpianto con particolare riferimento a emofilia, talassemia e fibrosi cistica. In effetti, dopo che TAR LAZIO, 21 gennaio 2008, n. 398, ha annullato per eccesso di potere le originarie linee guida del 21 luglio 2004, *in parte qua* vietavano la diagnosi genetica preimpianto ed ammettevano solo quella morfologica osservazionale, si è consolidato un orientamento giurisprudenziale in base al quale le coppie che possono accedere alla procreazione medicalmente assistita in quanto sterili hanno anche diritto di accedere alla diagnosi preimpianto e di scegliere quindi di non procedere con l'impianto dell'embrione (cfr. T. CAGLIARI, 22 settembre 2007, in *Guida dir.*, 2007, n. 46, 59; T. FIRENZE, 17 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, 2, 627; T. BOLOGNA, 26 giugno 2009, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); T. CAGLIARI, 9 novembre 2012, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)). Del resto, diversamente opinando, l'esito sarebbe stato quello, manifestamente inaccettabile, di postulare una gravidanza obbligatoria, o ancor peggio un impianto forzato da realizzarsi per mezzo di una sorta di stupro biotecnologico (cfr. anche C. COST., 8 maggio 2009, n. 151, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>6</sup> Il giudice si richiama all'art. 3 della l. 23 ottobre 1985, n. 595, per quanto riguarda l'erogazione della prestazione sanitaria in via indiretta, ed a C. ST., 20 luglio 2016, n. 3297, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org), che ha espressamente enunciato, per motivare l'illegittimità del *ticket* introdotto dalla stessa Regione Lombardia con riguardo alla sola fecondazione eterologa e non anche a quella omologa, il principio per cui le esigenze finanziarie non possono da sole giustificare un sacrificio integrale del nucleo irriducibile e infettibile del diritto alla salute. Bisogna ricordare che all'epoca dei fatti nemmeno la fecondazione eterologa era inclusa nei L.E.A. (in cui è stata poi ricompresa ai sensi dell'art. 49 del d.p.c.m. 12 gennaio 2017), così come oggi non vi rientra la diagnosi preimpianto richiesta da coppie fertili portatrici di malattie geneticamente trasmissibili, come nel caso di specie.

Assume dunque un rilievo centrale nell'argomentare del giudice l'altra parte della motivazione, quella volta ad accertare la sussistenza di un siffatto diritto in capo ai ricorrenti. A tale esito si perviene considerando come i giudici costituzionali avessero invero auspicato e ritenuto opportuno l'intervento del legislatore, probabilmente tenendo in considerazione anche recenti esperienze straniere<sup>7</sup>, senza però qualificarlo come condizione imprescindibile, per cui il precetto contenuto nella loro decisione potrebbe ben ritenersi auto-applicativo. Infatti, la sentenza costituzionale fa riferimento ad una gravità delle patologie ereditarie analoga a quella che potrebbe legittimare un aborto successivo al 90° giorno di gravidanza, e ad un suo accertamento ad opera di strutture pubbliche, entrambe condizioni di cui è possibile verificare l'avveramento anche a prescindere da eventuali interventi legislativi volti ad una nuova regolamentazione della materia. Nella specie è stato essere dunque lo stesso giudice, avvalendosi naturalmente di una consulenza tecnica d'ufficio, a valutare la gravità della patologia in questione, e ad ordinare conseguentemente alla clinica soccombente di procedere con la diagnosi preimpianto.

## **2. Osservazioni.**

La vicenda è ancora ben lungi dall'essere chiusa, in quanto le parti convenute hanno già provveduto ad impugnare la decisione, ma qualche riflessione problematica ci sembra possa essere sviluppata già in questa fase, avendo riguardo alle ragioni che rendono così arduo l'invocato intervento legislativo. Con ogni probabilità, infatti, non si tratta solo della consueta ritrosia ad affrontare una materia così divisiva come quella della procreazione assistita dopo tutta la serie di censure giudiziarie che hanno interessato la

---

<sup>7</sup> Anche in Germania, pure in mancanza di un divieto esplicito nella *Embryonenschutzgesetz*, 13 dicembre 1990, la diagnosi preimpianto era ritenuta implicitamente vietata, nonostante la possibilità di ricorrere all'aborto dopo quella prenatale (cfr. U.P. BÖCHER, *Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz*, Göttingen, 2004, 73 e segg.; H.L. GÜNTHER, J. TAUPITZ, P. KAISER, *Embryonenschutzgesetz*, Stuttgart, 2008, 221 e segg.), sino al *revirement* segnato da BUNDESGERICHTSHOF, 6 luglio 2010, in seguito al quale la *Präimplantationsdiagnostikgesetz*, 21 novembre 2011, ha introdotto un § 3a nella predetta *ESchG*, che ha rinviato ad un successivo *Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik*, entrato in vigore il 1 febbraio 2014, la specificazione dei presupposti di ammissibilità della pratica in questione.

sua precedente regolazione, e che pure per certi aspetti ne renderebbero particolarmente urgente una nuova, ma anche e soprattutto di una specifica criticità che interessa la questione ora in esame. Il cuore del problema sta probabilmente in quel passaggio della motivazione in cui il giudice si sofferma a precisare che non intende riconoscere il diritto ad un figlio “sano”, come invero si legge in qualche altra decisione di merito<sup>8</sup>, ma solo quello ad un figlio “non affetto” dalla patologia di cui si discute. Ora è piuttosto evidente come il discrimine, sul quale dovrebbe impennarsi l’ipotizzata nuova regolamentazione legislativa, fra diritto al figlio sano, in odore di eugenetica, e diritto al figlio non malato, costituzionalmente garantito, sia quantomeno sfuggente, e come procedere ad una tale operazione normativa non possa dunque che risultare di estrema difficoltà.

Invero, il tema della procreazione selettiva è antichissimo e precede di gran lunga i più recenti sviluppi delle biotecnologie riproduttive. Già nel mondo classico, però, possiamo ravvisare i due fondamentali paradigmi che, sotto mutate spoglie, si propongono tuttora: in alcune esperienze giuridiche ai genitori, e specialmente al padre, era riconosciuto come rientrante in un’amplissima potestà di diritto familiare anche il potere di valutare la sanità dei neonati, essendo ovviamente impossibile con i mezzi tecnologici dell’epoca un’analisi preventiva, e di sopprimere quelli deformi<sup>9</sup>, mentre in altre erano dei pubblici magistrati a compiere tale esame, se del caso imponendo la loro valutazione contro quella degli stessi genitori, a tutela dell’interesse collettivo a non dover sostentare esseri umani

---

<sup>8</sup> Si allude all’isolata pronuncia di T. SALERNO, 13 gennaio 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, 476, che in forza di tali argomentazioni, costruite essenzialmente sulla base del nuovo contesto ordinamentale determinatosi dopo C. COST., 8 maggio 2009, n. 151, *cit.*, aveva ritenuto di poter riconoscere il diritto di accesso alla pma ed alla diagnosi preimpianto pure alle coppie fertili affette da malattie genetiche, prima ancora della ricordata decisione europea sul caso *Costa & Pavan*.

<sup>9</sup> Basti ricordare SENECA, *De ira*, 1.15.2: “*liberos quoque, si debiles monstrosique editi sint, mergimus; nec ira sed ratio est a sanis inutilia secernere*”. Del resto, a Roma come ad Atene lo *ius exponendi* rientrava fra le ordinarie prerogative dei padri e destava anzi meraviglia che gli Egizi tenessero tutti i figli (*Aristotelis Fragmenta*, 258, 1525a, 37 e segg.) o che gli Ebrei condannassero per motivi religiosi tali pratiche (FILONE, *De specialibus legibus*, 3.20), per cui ai romanisti non è sembrata credibile nemmeno l’affermazione di Dionigi di Alicarnasso (II, 15, 1-2) secondo cui Romolo avrebbe limitato tale diritto appunto al solo caso in cui il neonato fosse stato “*ἀνάπτηρον ἢ τέρας*” (cfr. E. VOLTERRA, *Esposizione dei nati, diritto greco e romano*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1960, VI, 878).

ritenuti improduttivi ed imbelli<sup>10</sup>. Anche nel mondo moderno si può, infatti, ravvisare la medesima contrapposizione fra gli ordinamenti, spesso caratterizzati in senso statalista anche se non necessariamente totalitario, in cui sono state le pubbliche autorità ad implementare politiche finalizzate ad impedire la riproduzione di quanti fossero ritenuti portatori di tare ereditarie<sup>11</sup>, magari con l'obbiettivo di pervenire in tal modo non soltanto ad un risparmio di risorse ma anche ad un asserito miglioramento della qualità della

---

<sup>10</sup> Com'è noto, la Gherusia spartana esaminava i neonati e quelli giudicati indegni di vivere venivano abbandonati nel Taigeto (PLUTARCO, *Vita Lycurgi*, 16.1-2), ma anche nella fase più arcaica della storia romana vigeva, la regola della *Lex XII Tabularum*, IV.1, per cui “*cito necatus insignis ad deformitatem puer esto*”, poi caduta in desuetudine nel periodo classico (cfr. F. MAROI, *L'interpretazione dei monstra nella legislazione decemvirale secondo G.B. Vico*, Roma, 1925; D. DALLA, *Status e rilevanza dell'ostentum, in Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli, 1984, II, 519 e segg.; O.M. PETER, *Olim in prodigiis, nunc in deliciis*, in *Iura antiqua, iura moderna. Festschrift für F. Benedek*, Pecs, 1991, 209; M. LENTANO, *Sbatti il mostro in fondo al mare*, in *Quad. Ramo d'Oro*, 2010, 292 e segg.; A. MAIURI, *Enorme monstrum: deformità e difformità nel mondo greco-romano*, in *Venuste noster: scritti offerti a L. Gamberale*, Zürich, 2012, 535 e segg.; C. TERRENI, *Quae Graeci φαντάσματα vocant*, Pisa, 2013).

<sup>11</sup> Con riguardo ai diversi contesti in cui simili pratiche hanno attecchito si vedano gli studi di: L. FARRAL, *The origins and growth of the English eugenics movement, 1865–1925*, New York, 1985; M.B. ADAMS, *The Wellborn Science: Eugenics in Germany, France, Brazil, and Russia*, Oxford, 1990; D.J. KEVLES, *In the Name of Eugenics: Genetics and the Uses of Human Heredity*, Cambridge MA, 1995; M.A. HASIAN, *The Rhetoric of Eugenics in Anglo-American Thought*, Athens GA, 1996; I.R. DOWBIGGIN, *Keeping America Sane: Psychiatry and Eugenics in the United States and Canada, 1880-1940*, Ithaca NY, 1997; D. WAHLSTEN, *Leilani Muir versus the philosopher king: eugenics on trial in Alberta*, in *Genetica*, 1997, 185-198; N.W. GILLHAM, *A Life of Sir Francis Galton: From African Exploration to the Birth of Eugenics*, Oxford, 2001; E.A. CARLSON, *The Unfit: A History of a Bad Idea*, Cold Spring Harbor NY, 2001; D. WYNDHAM, *Eugenics in Australia: striving for national fitness*, London 2003; N. ORDOVER, *American Eugenics: Race, Queer Anatomy, and the Science of Nationalism*, Minneapolis, 2003; C. MANTOVANI, *Rigenerare la società: l'eugenetica in Italia dalle origini ottocentesche agli anni Trenta*, Soveria Mannelli, 2004; C. FUSCHETTO, *Fabbricare l'uomo: l'eugenetica tra biologia e ideologia*, Roma, 2004; R.C. ENGS, *The Eugenics Movement: An Encyclopedia*, Westport CT, 2005; L. DOTTI, *L'utopia eugenetica del welfare state svedese 1934-1975: il programma socialdemocratico di sterilizzazione, aborto e castrazione*, Soveria Mannelli, 2005; F. CASSATA, *Molti, sani e forti: l'eugenetica in Italia*, Torino, 2006; M. TURDA, P.J. WEINDLING, *Blood and homeland: eugenics and racial nationalism in central and Southeast Europe, 1900-1940*, Budapest – New York, 2007; P.A. LOMBARDO, *Three generations, no imbeciles: Eugenics, the Supreme Court and Buck v. Bell*, Baltimore, 2008; M.A. LARGENT, *Breeding Contempt: The History of Coerced Sterilization in the United States*, New Brunswick, 2008; A. RICHARDSON, *Love and Eugenics in the Late Nineteenth Century: Rational Reproduction and the New Woman*, Oxford, 2008; L. SCARAFFIA, *Per una storia dell'eugenetica. Il pericolo delle buone intenzioni*, Brescia, 2012; C.A. DEFANTI, *Eugenetica: un tabù contemporaneo. Storia di un'idea controversa*, Torino, 2012; S.M. LEON, *An Image of God: The Catholic Struggle with Eugenics*, Chicago, 2013; G. ALY, *Die Belasteten. "Euthanasie" 1939–1945. Eine Gesellschaftsgeschichte*, Frankfurt am Main, 2013, trad. it. Zavorre. *Storia dell'Aktion T4: l'«eutanasia» nella Germania nazista 1939–1945*, Torino, 2017.

stirpe umana<sup>12</sup>, ed altri, caratterizzati in un senso più individualista, in cui si è invece radicata l'idea che ai genitori, e specialmente alla madre, spetti un diritto fondamentale di autodeterminazione procreativa tale da ricomprendere anche quello di evitare la nascita del figlio malato, diritto che oggi si può esercitare non tanto al momento del parto<sup>13</sup>, quanto piuttosto in quello precedente delle diagnosi prenatali o appunto preimpianto, ma che non diviene mai fonte di obblighi né verso lo Stato né nei confronti dell'eventuale nato malato che avrebbe preferito non nascere<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Circa la fallacia di un simile assunto ci sia consentito proporre, quasi tra parentesi, una riflessione su quanto più misera sarebbe stata l'umanità senza la pur breve esistenza di un Giacomo Leopardi, o anche di un Michel Petrucciani.

<sup>13</sup> La problematica si può però tuttora porre con riferimento al momento del parto, specie con riguardo a quei grandi prematuri le cui prospettive di sopravvivenza sono enormemente aumentate con la moderna tecnologia. In proposito si è sostenuto che, siccome il medico è tenuto, ai sensi dell'art. 7, comma 3, della l. 194 del 1978, al soccorso dell'abortito solo se è vitale, analogamente si dovrebbe escludere una sua responsabilità per omicidio omissivo, qualora non ricorra alle terapie intensive per prolungare l'esistenza del soggetto non vitale spontaneamente partorito (cfr. A.M. CASTELLANA, *Neonato altamente prematuro e responsabilità penali del medico*, in *Atti del LXIX Congresso S.I.G.O.*, Padova, 1993, 248 e segg., anche per ulteriori riferimenti). Perciò anche alcuni civilisti propongono di assumere la vitalità come definiente della nascita, e della capacità giuridica, con la problematica conseguenza che i genitori del non vitale potrebbero decidere di negare le terapie intensive, laddove queste consentano la sopravvivenza ma con il rischio di gravi lesioni (cfr. P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, Milano, 2011, II, II, 1307 e segg.; G. FERRANDO, *Nascere per il diritto. Grandi prematuri e decisioni di inizio vita*, in *NGCC*, 2009, II, 97 ss.). Si sfiora così la proposta di rinviare l'acquisto della capacità giuridica, per consentire ai genitori di disporre della vita del partorito, come propongono P. Singer ed altri, in quella che è stata definita una "raggelante letteratura" da P. RESCIGNO, *La nascita*, in *Tratt. Biodiritto, cit.*, II, II, 1741. In proposito sia consentito rinviare anche a M. RIZZUTI, *Il problema di definire la vita nascente*, in F. CORTESE, M. TOMASI, *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Trento-Napoli, 2016, 247-265.

<sup>14</sup> T. PIACENZA, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 987, aveva riconosciuto il diritto del figlio ad essere risarcito dai genitori che concependolo gli avevano anche trasmesso la luce (cfr. P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 614 e segg.), mentre, più di recente, in Francia COUR DE CASSATION, 17 novembre 2000, caso *Perruche*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 209 e segg., con nota di E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?*, e poi da noi CASS., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Corr. giur.*, 2013, 45 ss., con nota di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, avevano condannato il medico che non aveva adeguatamente informato la madre sulle anomalie del feto, negandole così la possibilità di una scelta abortiva, a risarcire il danno non solo a costei ma anche al nato. I possibili sviluppi in questa direzione sono stati però bloccati dall'intervento del legislatore francese (*loi n° 2002-303 du 4 mars 2002*, cosiddetta *loi anti-Perruche*) e del nostro supremo organo nomofilattico (CASS., S. U., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Dir. civ. cont.*, 6 gennaio 2016, con nota di F. PIRAINO), per cui allo stato è da escludere la configurabilità giuridica di un diritto del nato al risarcimento del danno da nascita. In proposito si vedano anche: O. CAYLA, Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Paris, 2002; F. BACCHINI, *Il diritto di non esistere*, Milano, 2002; S. LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 251-256; nonché G. TESI, *Responsabilità medica e contratto con*

Il nostro ordinamento, ed invero tutti quelli con cui solitamente ci confrontiamo, oggi appartiene evidentemente a questa seconda categoria e conosce infatti espliciti divieti rivolti contro eventuali pratiche eugenetiche di Stato<sup>15</sup>, mentre tende in sostanza ad ammettere l'autodeterminazione procreativa nei termini cui si è appena fatto riferimento. Il problema nasce però quando l'esercizio di tale diritto venga a realizzarsi in contesti in cui l'accesso ai trattamenti sanitari non risponde solo a logiche di mercato, e quindi di libero gioco della domanda e dell'offerta, ma è oggetto anche e soprattutto di una regolazione pubblicistica, con pesantissime ricadute finanziarie, volta a consentirlo a tutti i soggetti in condizioni di eguaglianza. In un tale contesto finisce, infatti, per porsi il problema che la Corte Costituzionale avrebbe voluto il legislatore risolvesse con il mancato intervento cui si fa riferimento nel caso di specie, cioè quello di individuare a livello normativo chi e per quali ragioni possa accedere alle diagnosi in discorso, per evitare certe loro applicazioni e favorirne certe altre<sup>16</sup>. Il punto è che in tal modo, com'è

---

*effetti protettivi nei confronti dei terzi. La particolare ipotesi del danno da nascita indesiderata*, in questa *Rivista*, 2017, 3, 35, anche per ulteriori riferimenti.

<sup>15</sup> Si pensi all'esplicito divieto di cui all'art. 3, comma 2, lett. b, della Carta di Nizza, ma anche alla ferma condanna da parte della Corte di Strasburgo con riguardo alle pratiche recentemente implementate dalle autorità sanitarie slovacche allo scopo di imporre trattamenti di sterilizzazione più o meno forzata alle donne Rom (cfr. CORTE EUR., 28 aprile 2009, caso *K.H. and Others v. Slovakia*; ID., 8 novembre 2011, caso *V.C. v. Slovakia*; ID., 12 giugno 2012, caso *N.B. v. Slovakia*; ID., 13 novembre 2012, caso *I.G., M.K. & R.H. v. Slovakia*, tutte in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

<sup>16</sup> Si tratta, infatti, di stabilire che le operazioni selettive siano possibili per evitare la nascita di individui affetti da malattie geneticamente trasmissibili, e non anche al fine di predeterminare altri caratteri del nascituro attinenti magari all'aspetto estetico o al sesso, ma i confini sono tutt'altro che netti (cfr. A. SCHUSTER, *La procreazione selettiva*, in *Tratt. Biodiritto*, cit., 1403-1417). L'ordinamento inglese ammette, ad esempio, la *sex selection*, ma solo quando serva ad evitare la nascita di un soggetto affetto da una patologia che si trasmette solo agli appartenenti ad un certo genere (cfr. <http://www.hfea.gov.uk/pgd-sex-selection.html>). Al tempo stesso le sempre più estensive definizioni di salute come stato di pieno benessere e non solo di mera assenza di malattia, accolte anzitutto da parte dell'OMS, potrebbero indurre a dubitare della rilevanza sanitaria e non soltanto estetica di certe caratteristiche, quali poniamo una predisposizione genetica all'obesità (oppure, da altri punti di vista, del possibile rilievo di quella all'ipertensione o alla depressione). Andrebbe peraltro considerata pure l'ipotesi in cui i genitori desiderino proprio che il figlio sia portatore della loro stessa disabilità (cfr. G. BALDINI, *Eugenetica alla rovescia: selezione embrionaria per avere un figlio non udente*, in F. GIUNTA, P. FUNGHI, a cura di, *Medicina, bioetica e diritto. I problemi e la loro dimensione normativa*, Milano, 2012, 32-38). Teniamo infine presente che, in ogni caso, il riferimento a criteri medici più o meno stringenti potrà valere per regolare l'accesso alla pma anche delle coppie fertili, ma che, una volta effettuati il trattamento e la diagnosi genetica, la scelta di non procedere all'impianto non potrà che essere pure per tali coppie sostanzialmente insindacabile, se non vogliamo



stato da tempo autorevolmente osservato, arriviamo di nuovo ad una, seppure indiretta, programmazione eugenetica pubblicistica<sup>17</sup>. Al riguardo basti riflettere sull'effetto di pesante stigmatizzazione sociale che un ipotetico elenco normativo delle patologie tanto gravi da legittimare l'accesso alla diagnosi genetica preimpianto avrebbe sui soggetti affetti dalle stesse, alla fin fine legislativamente qualificati come persone che sarebbe stato meglio se non fossero mai nate.

Per una volta, dunque, l'esitazione del legislatore a porre mano ad un intervento del genere appare senz'altro giustificata e del resto la sentenza in commento dimostra che il meccanismo delineato dai giudici costituzionali può funzionare anche senza tale intervento, come d'altra parte funziona anche il modello che questi hanno ravvisato nel cosiddetto aborto terapeutico, e che invero non presuppone affatto un elenco formalizzato in sede normativa delle malattie rilevanti, ma una loro certificazione in concreto, con riguardo anche e soprattutto al loro impatto sulla salute fisica e psichica della singola gestante. Evidentemente nel nostro caso una così delicata valutazione dovrebbe per di più assumere carattere prognostico, precedendo e non seguendo l'avvio della gravidanza, ma non è affatto detto che ciò debba implicare il ricorso ad una previa elencazione normativa delle patologie in discorso. L'eventuale intervento del legislatore potrebbe allora magari consistere piuttosto nella predisposizione di un procedimento, amministrativo o anche di

---

tornare all'insostenibile prospettiva della gravidanza obbligatoria: per quanto attiene a tale scelta, dunque, il confronto più che con il cosiddetto aborto terapeutico è con quello libero dei primi 90 giorni.

<sup>17</sup> Il riferimento è anzitutto a J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Mein, 2001. In proposito si vedano anche: T. SHAKESPEARE, *Back to the future? New genetics and disabled people*, in *Critical Social Policy*, 1995, 22-35; G. MARANTO, *Quest for perfection: the drive to breed better human beings*, New York, 1996; A. BUCHANAN & AL., *From Chance to Choice: Genetics and Justice*, Cambridge UK, 2000; D.J. GALTON, *Eugenics: The Future of Human Life in the 21st Century*, London, 2002; A. KERR, T. SHAKESPEARE, *Genetic politics: from eugenics to genome*, Cheltenham UK, 2002; N. AGAR, *Liberal Eugenics: In Defence of Human Enhancement*, Hoboken NJ, 2004; C.A. VIANO, *Antiche ragioni per nuove paure: Habermas e le genetica*, in *Riv. filos.*, 2004, 2, 277 e segg.; C. CASONATO, *Diritto, diritti ed eugenetica: prime considerazioni su un discorso giuridico altamente problematico*, in *Humanitas*, 2004, 841 e segg.; D. NERI, *La convenzione di Oviedo, l'eugenetica e le generazioni future*, in *Filosofia ed Etica. Studi in onore di G. Cotroneo*, Soveria Mannelli 2005, II, 340 e segg.; M.J. SANDEL, *The Case against Perfection*, Cambridge MA, 2007; L. D'AVACK, *Verso un antideestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009; G. ROSSINI, *È legittimo predire e selezionare l'uomo? Argomenti pro e contro la legittimità della diagnosi genetica preimpianto*, Roma, 2011; B.D. ASBURY, *"Backdoor to Eugenics"? The Risks of Prenatal Diagnosis for Poor, Black Women*, in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2015, 1-23.

volontaria giurisdizione, cui demandare tali accertamenti, onde evitare l'insorgere di contenziosi come quello del caso di specie<sup>18</sup>.

### 3. Possibili sviluppi.

Occorre peraltro considerare anche le ulteriori prospettive che ci presentano gli sviluppi tecnologici ancora in fase sperimentale. Ad oggi, infatti, il profilo eticamente più problematico delle tecniche in discorso attiene al sacrificio che esse implicano del feto abortito anche dopo il 90° giorno di gravidanza, in seguito alla diagnosi prenatale, o dell'embrione crioconservato a tempo indefinito, in seguito a quella preimpianto, ma un futuro non remoto potrebbe prospettare scenari ben diversi.

Da un lato, il trasferimento in un utero artificiale potrebbe surrogare l'aborto forse addirittura in termini generali, ma anche e soprattutto con riguardo a queste ipotesi che interessano feti più sviluppati<sup>19</sup>. Dall'altro lato, ed è il punto che più ci interessa in questa

---

<sup>18</sup> Si può considerare come la già ricordata nuova regolamentazione tedesca della diagnosi genetica preimpianto non contenga un elenco di specifiche patologie ma regoli un procedimento autorizzatorio imperniato sull'intervento di una *Ethikkommission*. Anche la Regione Toscana, la prima in Italia ad aver consentito l'accesso delle coppie fertili alla diagnosi preimpianto presso una struttura sanitaria pubblica, l'ospedale La Fratta di Cortona, non ha avuto bisogno di procedere in tal senso: il relativo Protocollo PGEN 2015, allegato alla Convenzione tra l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese e l'Azienda USL Toscana Sud Est (sede operativa di Arezzo) del 24 febbraio 2016, prima di procedere ad alcuni esemplificativi riferimenti a categorie di patologie geniche, rinvia infatti fondamentalmente all'art. 2 dell'Allegato C della delibera della Giunta Regionale 6 ottobre 2014, n. 837, in cui si ribadiva che le indicazioni per la diagnosi preimpianto sono le stesse che valgono per le diagnosi prenatali, con riferimento alle quali, come sappiamo, la l. 194 del 1978 non ha certo previsto meccanismi di elencazione normativa.

<sup>19</sup> Ricercatori americani hanno sviluppato una *biobag*, cioè una sorta di utero artificiale che ha consentito di accogliere sino alla nascita feti di agnello estremamente prematuri (cfr. E.A. PARTRIDGE & AL., *An extra-uterine system to physiologically support the extreme premature lamb*, in *Nature Communications*, 25 aprile 2017). Correlativamente si è potuto sostenere che, se e quando analoghe strumentazioni saranno applicabili anche all'uomo, occorrerà riflettere sul contenuto del diritto all'interruzione della gravidanza, da intendere come diritto alla rimozione del feto dal corpo materno ma non come un diritto alla sua morte, che non sarebbe più una conseguenza pressoché immancabile di tale espulsione ma potrebbe essere evitata, specie nelle ipotesi qui in esame di aborto successivo al 90° giorno, appunto con il trasferimento del feto abortito nell'utero artificiale (cfr. E. MATHISON, J. DAVIS, *Is There a Right to the Death of the Foetus?*, in *Bioethics*, 2017, 4, 313-320). Ai fini del diritto italiano tale trasferimento, una volta divenuto tecnicamente possibile, a nostro avviso sarebbe da ritenere senz'altro obbligatorio ai sensi del predetto art. 7, comma 3, della l. 194 del 1978, ferma restando naturalmente la libertà della donna di chiedere di non essere nominata nell'atto di nascita e di non acquisire così alcun rapporto giuridico parentale col nato, salvo soltanto il diritto fondamentale di quest'ultimo di accedere alle informazioni relative alle sue origini biologiche (cfr. CASS., S. U., 25 gennaio 2017, n. 1946 in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), nonché M. RIZZUTI, *Trattamento dei*

sede, il sacrificio dell'embrione potrebbe essere evitato anticipando ulteriormente la selezione con l'analisi genetica dei gameti oppure sviluppando metodiche di cosiddetto *gene editing* che consentano una correzione dei caratteri del singolo embrione malato, con una sorta di precoce terapia genica<sup>20</sup>. Beninteso le ricerche con le quali all'estero si sta sviluppando quest'ultima tecnica, e che implicano la distruzione di grandi quantità di embrioni, sono e con ogni probabilità resteranno proibite nel nostro Paese<sup>21</sup>, ma, in caso di loro esito positivo, il problema si ripresenterà sotto le vesti del dubbio in ordine alla possibilità di utilizzare quello che allora, ed a prescindere dalle modalità della sua precedente sperimentazione<sup>22</sup>, sarebbe un protocollo terapeutico giovevole per il singolo embrione ed in quanto tale già espressamente qualificato come lecito dal diritto vigente<sup>23</sup>.

---

*dati sanitari e recenti sviluppi del diritto di famiglia*, in questa *Rivista*, 2017, 2, 24-36). Riterremmo invece inconferente un eventuale richiamo al divieto di ectogenesi di cui all'art. 13, comma 3, lett. c, della l. 40 del 2004, che andrebbe piuttosto riferito a procedimenti per effetto dei quali l'intero sviluppo del nascituro, dalla fecondazione alla nascita, avrebbe luogo al di fuori di un corpo di donna (cfr. H. ATLAN, *L'utero artificiale*, Milano, 2006), ipotesi ancora futuribile e quindi non tale da prospettare, almeno nell'immediato, dubbi in ordine alla tenuta sistematica di una proibizione assoluta al riguardo.

<sup>20</sup> Ad entrambe le tecniche fa riferimento COM. NAZ. BIOETICA, *L'editing genetico e la tecnica CRISPR-Cas9: considerazioni etiche*, 23 febbraio 2017. Beninteso, il dibattito sulla manipolazione genetica degli esseri umani dura da alcuni decenni, almeno dalla conferenza di Asilomar del 1975, ed ha attratto anche l'interesse di autorevole dottrina civilistica (cfr. P.G. MONATERI, *Manipolazioni genetiche e diritto. Tutela anticipata del soggetto: proibire tutto?*, in P. CENDON, a cura di, *Il bambino e le cose*, Milano, 1993, 81 e segg.), ma oggi la vera novità è rappresentata dalla tecnica che rende tale ipotesi teorica molto più vicina alla realizzazione pratica, come hanno dimostrato i ricercatori cinesi che sono riusciti a correggere il genoma di alcuni embrioni umani non vitali (P. LIANG & AL., *CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes*, in *Protein & Cells*, 2015, 5, 363-372). In seguito la ricerca in materia è stata autorizzata pure in Gran Bretagna, con un provvedimento emesso in data 1 febbraio 2016 dalla *Human Fertilisation and Embryology Authority*, ed, anche se al momento non risulta essere nato nessun bambino da embrione geneticamente modificato, ormai sembrerebbe soltanto una questione di tempo (cfr. D. NERI, *Embryo editing: a proposito di una recente autorizzazione dell'HFEA*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, 1, 261-269).

<sup>21</sup> Basti ricordare come la proibizione in discorso, ai sensi dell'art. 13 della l. 40 del 2004, sia sembrata alle più elevate autorità giurisdizionali in grado di superare tanto le obiezioni mosse dal punto di vista di una logica proprietaria, che postulava un diritto di disporre degli embrioni anche a fini di ricerca secondo la volontà del titolare (CORTE EUR., 27 agosto 2015, caso *Parrillo v. Italy*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)), quanto quelle fondate su di una logica pubblicistica, che richiamava i principi costituzionali di tutela della salute e di promozione della ricerca scientifica per contestare la ragionevolezza dell'impossibilità di utilizzare a tal fine gli embrioni non suscettibili di impianto perché malati o non biopsiabili (C. COST., 13 aprile 2016, n. 84, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>22</sup> Nella *Postilla* del Prof. Carlo Flamigni al predetto parere del Comitato Nazionale per la Bioetica tale dilemma viene affrontato espressamente, con riferimento alle recenti polemiche a proposito della ricerca "etica" sulle cellule staminali adulte che si è avvalsa anche di alcuni risultati provenienti da quella "non etica" sulle staminali embrionali, ma anche con un richiamo alla più tragica vicenda delle sperimentazioni su cavie umane nei *lager* nazisti che, secondo l'autore della postilla, non avrebbe posto analoghi dilemmi

---

solo per l'inutilità anche scientifica delle ipotesi di Josef Mengele sui gemelli. Occorrerebbe però, ricordare come la storia della medicina sia costellata da un ben più ampio novero di sperimentazioni su schiavi, condannati a morte ed altri soggetti emarginati (dai tempi di Attalo III di Pergamo, passando per Edward Jenner, e sino agli esperimenti della Pfizer in Nigeria), tutte aberranti per i nostri canoni etici, ma alcune delle quali hanno certamente contribuito a produrre risultati conoscitivi in qualche modo incorporati nei protocolli terapeutici cui si fa tuttora ricorso.

<sup>23</sup> Il riferimento è all'esplicita clausola di salvezza di cui all'art. 13, comma 3, lett. *b*, della l. 40 del 2004, che esclude, dall'ambito del divieto delle manipolazioni genetiche finalizzate alla predeterminazione delle caratteristiche genomiche dell'embrione, gli interventi con finalità diagnostica e terapeutica volti alla tutela dello stesso embrione coinvolto, e sempre che non siano disponibili metodologie alternative. Occorre a nostro avviso precisare inoltre che, a differenza di quanto accade per la scelta sull'impianto dell'embrione successivamente alla diagnosi preimpianto, i cui motivi come si è visto restano in sostanza insindacabili, in questo caso la norma facoltizzerebbe evidentemente soltanto interventi curativi e non anche le ipotetiche operazioni volte, per tornare ad alcune questioni già brevemente discusse *supra*, a modificare il sesso o l'aspetto estetico del nascituro, oppure a renderlo portatore della stessa disabilità dei genitori.