LA "SEMANTICA DELL'EMBRIONE" NEI DOCUMENTI NORMATIVI UNO SGUARDO COMPARATISTICO*

VINCENZO DURANTE**

RIASSUNTO: L'analisi semantica dei testi giuridici che trattano dell'embrione umano mostra quali siano gli obiettivi che la regola intende raggiungere e se la qualificazione linguistica adottata sia funzionale alla loro realizzazione. La ricerca, che analizza norme di vari ordinamenti nazionali ed internazionali, individua quattro differenti soluzioni semantiche, che vanno da quelle più pragmatiche, in cui si evita di definire l'embrione umano e di attribuirgli uno specifico status giuridico, a quelle, all'altro estremo, in cui emerge la volontà di conferire un valore pieno all'embrione, al fine di equipararlo ai soggetti dotati di capacità giuridica. Indagando le conseguenze di tali scelte, si evidenzia come non sempre le qualificazioni "forti" si rivelano le più adatte agli scopi che si prefiggono, soprattutto a causa della persistente esigenza di bilanciare la protezione dell'embrione con altri valori ugualmente tutelati.
PAROLE CHIAVE: Semantica Giuridica; Embrione Umano; Diritti.

RESUMO: Uma análise semântica dos textos legais sobre o embrião humano mostra os objetivos que as normas pretendem atingir, e se a qualificação lingüística adotada é adequada para atingir tais objetivos. A pesquisa, que analisa normas pertencentes a diversos sistemas nacionais e internacionais, detecta quatro diferentes soluções semânticas. Elas vão das mais pragmáticas – que não definem o embrião humano e não assinalam um status legal específico – àquelas, no outro extremo – nas quais há a vontade de dar pleno valor ao embrião, permitindo igualá-lo a sujeitos titulares de direitos. Observando as conseqüências dessas opções, a pesquisa aponta que às vezes as qualificações "fortes" não são as mais apropriadas para alcançar os objetivos visados, acima de tudo em razão da persistente necessidade de balancear a proteção do embrião com outros valores igualmente tutelados.
PALAVRAS-CHAVE: Semântica Jurídica; Embrião Humano; Direitos.

ABSTRACT: A semantic analysis of legal texts about the human embryo shows the goals which the rules aim to achieve, and if the adopted linguistic qualification is functional for reaching these goals. The research, which analyses rules belonging to several national and international systems, detects four different semantic solutions, going from the most pragmatic ones, that do not define the human embryo and do not assign a specific legal status, to those, at the other extreme, in which there is the will to give full value to the embryo, in order to equate it with subjects possessing the capacity

Artigo recebido em 16.12.2010. Artigo aceito para publicação em 6.01.2011 mediante convite.

* Il saggio riproduce, con modifiche, integrazioni ed aggiornamenti, l'articolo La "semantica dell'embrione" nei documenti normativi, in Revista Mosaicum (ISSN; 1808-589X), A. 5, n. 9, Jan.-Jun. 2009, p. 47-61.

** Professor da Università di Padova (Itália), PhD. em Diritto Privato e Garanzie Costituzionali.

to have rights. Looking at the consequences of these choices, the research points out that sometimes the "strong" qualifications are not the most appropriate for reaching the goals aimed at, above all due to the persistent necessity to balance the protection of the embryo against other similarly-protected values.
KEYWORDS: Legal Semantics; Human Embryo; Rights.

PREMESSA

Vorrei precisare, in apertura, l'oggetto e il limite delle mie considerazioni, che non riguarderanno né le diverse qualificazioni extragiuridiche dell'embrione umano, quali si ritrovano in biologia, medicina, etica, filosofia, né il merito delle questioni cui i giuristi si riferiscono come allo "statuto dell'embrione", cioè "dell'ascrizione dell'embrione al regno degli oggetti o al regno dei soggetti di diritto, o infine ad un «*tertium genus*»"[1].

Mia intenzione è piuttosto quella di percorrere un crinale semantico tra questi due vasti territori, considerando le scelte linguistiche fatte proprie dai documenti normativi nel riferirsi all'embrione e tentando, ove possibile, di evidenziarne la funzionalità rispetto agli scopi pratici o politici di volta in volta perseguiti.

In questo senso, una prima classificazione, in termini generali, può essere fatta tra le qualificazioni semantiche che propendono verso un diritto "pesante" o "forte" e quelle espressioni di un approccio "mite" o "leggero"[2], cioè le scelte fondate "su premesse esplicite e impegnative circa la natura dell'embrione" ovvero quelle tese "a ricercare soluzioni ragionevoli e fattibili più che a perseguire obiettivi ideali di univoco contenuto assiologico"[3].

---

[1] Cfr. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1990, p. 438; Cfr. anche ID., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, II, p. 149 ss.; CARBONE, *L'embrione umano: qualcosa o qualcuno?*, ESD, 2005; PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e biogiuridica*, in *Medicina e morale*, 2004, p. 301 ss.; ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti*, in *Sociologia del diritto*, 2004, p. 13 ss.; ZANUSO, *Alle origini della riflessione bio-giuridica*, in *Iustitia*, 2003, 1, p. 42 ss.; BISCONTINI, RUGGERI (a cura di), *La tutela dell'embrione*, E.S.I., 2002; ZANCHINI, *Il feto è una persona? Due risposte*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2001, p. 89 ss.; BARRA, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Jus*, 2000, p. 157 ss.; FERRANDO, *Libertà, Responsabilità e procreazione*, Cedam, 1999, p. 229 ss.; COLOMBO, *La natura e lo statuto dell'embrione umano*, in *Medicina e morale*, 1997, p. 761 ss.; MASTROPAOLO, *Lo statuto dell'embrione*, in *Iustitia*, 1996, 2, p. 126 ss.; TARANTINO, *Sul fondamento dei diritti del nascituro: alcune considerazioni bioetico-giuridiche*, in *Medicina e morale*, 1995, p. 951 ss. e 1209 ss.; CASOL, *Statuto giuridico dell' embrione e status personale del nato*, in *Giustizia civile*, 1994, p. 13 ss.; CASINI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in *Iustitia*, 2001, 4, p. 557 ss.; si v. inoltre il documenti del COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA: *Identità e statuto dell'embrione umano*, del 22 giugno 1996, in www.governo.it/bioetica/pdf/25.pdf; *Protezione dell'embrione e del feto umani. Parere del CNB sul progetto di Protocollo dei Comitati di bioetica del Consiglio d'Europa*, del 31 marzo 2000, in www.governo.it/bioetica/pdf/42.pdf; *Considerazioni bioetiche in merito all'"ootide"*, del 15 luglio 2005, in www.governo.it/bioetica/testi/Ootide.pdf (consultati 1'11.1.2011). Per un'esauriente ricostruzione del valore del concepito nel diritto romano, v. FERRETTI, *In rerum natura esse / In rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Giuffrè, 2008.

[2] Cfr. ZATTI, *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, II, 107.

[3] *Ibidem*. Va peraltro sottolineato che non sempre un approccio linguistico "forte" si rivela idoneo ad assicurare una tutela altrettanto forte dei valori e degli interessi che si vorrebbero proteggere e che, al contrario, la scelta di un "diritto mite" è in grado di assicurare un sistema di protezione più equilibrato ed efficace. Cfr. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Università degli Studi di Trento, 2006, p. 124 ss.

Sotto questo punto di vista, mi pare di poter distinguere, con qualche approssimazione, quattro differenti "modelli" qualificativi[4], ciascuno dei quali pare rispondere a distinte finalità.

I

In un primo modello, che potremmo definire "pragmatico", l'uso del termine "embrione" non è associato ad alcuna particolare qualificazione giuridica.

Fanno parte di questo "gruppo" anzitutto alcuni documenti europei che trattano dell'embrione tra cui: la Raccomandazione 934/1982 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa relativa all'ingegneria genetica, che fa un breve cenno all'embrione nell'ambito della disciplina della terapia genetica[5]; le Raccomandazioni 1046/1986 relativa all'utilizzazione di embrioni e feti umani a fini diagnostici, terapeutici, scientifici, industriali e commerciali[6], 1100/1989 sull'utilizzazione degli embrioni e feti umani nella ricerca scientifica e 1240/1994 relativa alla protezione e alla brevettabilità dei prodotti di origine umana, la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della biomedicina del 1997, la Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, la Risoluzione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa 1352/2003 relativa alla ricerca sulle cellule staminali umane, le quali elencano una serie di statuizioni e prescrizioni relative alle utilizzazioni consentite[7] o vietate[8], allo scopo di definire "*la protection juridique à accorder à l'embryon*

---

[4] La classificazione qui proposta non ha la pretesa di rappresentare in forma esaustiva la regolamentazione complessiva in tema di embrione umano dei sistemi nazionali o sovranazionali citati. Tuttavia, essa consente di individuare con sufficiente chiarezza i motivi comuni e le differenze che legano o separano i modelli semantici esaminati.

[5] Art. 4, lett. *d*) : *La thérapie des gênes ne doit être pratiquée et expérimentée qu'avec le libre consentement et la pleine information de l'intéressé ou, en cas d'expérimentation sur des embryons, des fœtus ou des mineurs, avec le libre consentement et la pleine information des parents ou des tuteurs*.

[6] Che, com'è noto, auspica però la definizione di uno statuto biologico dell'embrione.

[7] Per la Raccomandazione 1046/1986 v., ad es., 10° *Considérant: l'embryon et le fœtus humains doivent bénéficier en toutes circonstances du respect dû à la dignité humaine, et que l'utilisation de leurs produits et tissus doit être limitée de manière stricte et réglementée (voir annexe) en vue de fins purement thérapeutiques et ne pouvant être atteintes par d'autres moyens*; *sub* A, ii: *limiter l'utilisation industrielle des embryons et de fœtus humains, ainsi que de leurs produits et tissus, à des fins strictement thérapeutiques et ne pouvant être atteintes par d'autres moyens, selon les principes mentionnés en annexe, et à conformer leur droit à ceux-ci, ou à adopter des règles conformes, ces règles devant notamment préciser les conditions dans lesquelles le prélèvement et l'utilisation dans un but diagnostique ou thérapeutique peuvent être effectués*. Per la Raccomandazione 1100/1989 v., ad es., Allegato, *sub* 2., *Sont autorisées les recherches sur […] le processus de la gamétogenèse et du développement de l'embryon dans un but préventif ou thérapeutique des maladies génétiques*. Per la Convenzione di Oviedo, si veda l'art. 18, 1° comma: *Laddove la legge consente la ricerca su embrioni in vitro, questa assicura un'adeguata protezione dell'embrione*. Nella Risoluzione 1352/2003 (*Recherche sur les cellules souches humaines*), se da un lato si proclama che "*la destruction d'êtres humains à des fins de recherche est contraire au droit de tout être humain à la vie et à l'interdiction morale de toute instrumentalisation de l'être humain*", dall'altro si statuisce che "*dans les pays où de telles recherches sont admises, toute recherche sur des cellules souches impliquant la destruction d'embryons humains est dûment autorisée et surveillée par les instances nationales appropriées*".

[8] Raccomandazione 1046/1986 v., ad es., *sub* A, iii e iv: *interdire toute création d'embryons humains par fécondation in vitro à des fins de recherche de leur vivant ou après leur mort; interdire tout ce qu'on pourrait définir comme des manipulations ou déviations non désirables de ces techniques.* Per la Raccomandazione 1100/1989 v., ad es., Allegato, *sub* 5, *les recherches sur les embryons vivants doivent*

humain dès la fécondation de l'ovule"[9], senza però voler accogliere una qualsivoglia qualificazione giuridica dell'embrione.

Una simile prospettiva si può osservare nelle due leggi francesi sulla bioetica del 1994[10], revisionate nel 2004[11], dove pure si enucleano una serie di azioni consentite o vietate relativamente alle possibili utilizzazioni dell'embrione umano anche qui senza introdurre una specifica qualificazione giuridica[12].

être interdites, notamment si l'embryon est viable. Per la Raccomandazione 1240/1994: *d'entreprendre immédiatement la mise en chantier d'un protocole au projet de convention qui définisse les limites des manipulations génétiques appliquées à l'être humain, et d'en transmettre le texte à l'Assemblée parlementaire pour avis; de confier l'élaboration de ce protocole au Comité directeur sur la bioéthique (CDBI), dans lequel l'Assemblée doit continuer à être représentée, avec pour mandat d'édicter un certain nombre d'interdictions, pour certaines déjà consacrées par le droit des brevets, comme entre autres: a. les procédés de modifications de l'identité génétique du corps humain dans un but non thérapeutique et contraire à la dignité de la personne humaine; b. des techniques de clonage et de production de chimère; et des manipulations comme celles qui consistent: c. en des transferts d'embryons humains dans une autre espèce, et inversement; d. à la fusion des gamètes humains avec ceux d'une autre espèce; e. à la production d'un être humain individualisé et autonome en laboratoire; f. à la création d'enfants de personnes de même sexe; et g. au choix du sexe à des fins non thérapeutiques*. Per la direttiva 98/44/CE, v. Considerando 41: *considerando che i procedimenti di clonazione dell'essere umano possono essere definiti come qualsiasi procedimento, ivi comprese le tecniche di scissione degli embrioni, volto a produrre un essere umano con le stesse informazioni genetiche nucleari di un altro essere umano, vivo o morto*; Considerando 42: *considerando inoltre che le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali devono a loro volta essere escluse dalla brevettabilità; che tale esclusione non riguarda comunque le invenzioni a finalità terapeutiche o diagnostiche che si applicano e che sono utili all'embrione umano*; e l'art. 6, co. 2: 2. *Ai sensi del paragrafo 1, sono considerati non brevettabili in particolare: a) i procedimenti di clonazione di esseri umani; b) i procedimenti di modificazione dell'identità genetica germinale dell'essere umano; c) le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali*; Per la Convenzione di Oviedo, si veda l'art. 18, 2° comma: *La creazione di embrioni umani a fini di ricerca è vietata*.

[9] *Considérant* 6, Raccomandazione 1100/1989, che si ispira al Considerando 8 della Raccomandazione 1046/1986 (*Convaincue de ce que, face au progrès scientifique qui permet d'intervenir dès la fécondation sur la vie humaine en développement, il est urgent de déterminer le degré de sa protection juridique*).

[10] *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*; Loi n° 94-654 *du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*.

[11] *Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique*. Per un commento v. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique*, Litec, 2005.

[12] La novella del 2004 ha modificato numerose norme del *Code civil* e del *Code de la santé publique*, in particolare con il titolo VI (*Procréation et Embryologie*), diviso nei capitoli *Interdiction du clonage reproductif, Diagnostic prénatal et assistance médicale à la procréation, Recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires et fœtales humaines, Dispositions pénales*. Si veda, solo a titolo di esempio, l'art. 16-4 del *Code civil*: *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne*; e l'art. L 2151-5 del *Code de la santé publique*: *La recherche sur l'embryon humain est interdite. A titre exceptionnel, lorsque l'homme et la femme qui forment le couple y consentent, des études ne portant pas atteinte à l'embryon peuvent être autorisées sous réserve du respect des conditions posées aux quatrième, cinquième, sixième et septième alinéas. Par dérogation au premier alinéa, et pour une période limitée à cinq ans à compter de la publication du décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 2151-8, les recherches peuvent être autorisées sur l'embryon et les cellules embryonnaires lorsqu'elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable, en l'état*

Coerentemente, i testi ora ricordati non ricorrono all'attribuzione o alla negazione di diritti dell'embrione e tanto meno prendono posizione in merito ad una eventuale ascrizione dell'embrione al regno delle persone o dei soggetti giuridici.

Ancor più di recente, è la legge portoghese sulla procreazione assistita[13] ad aver adottato questa impostazione, introducendo una regolamentazione dettagliata ma senza addentrarsi in definizioni e qualificazioni giuridiche[14].

---

des connaissances scientifiques. Les recherches dont les protocoles ont été autorisés dans ce délai de cinq ans et qui n'ont pu être menées à leur terme dans le cadre dudit protocole peuvent néanmoins être poursuivies dans le respect des conditions du présent article, notamment en ce qui concerne leur régime d'autorisation. Une recherche ne peut être conduite que sur les embryons conçus in vitro dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation qui ne font plus l'objet d'un projet parental. Elle ne peut être effectuée qu'avec le consentement écrit préalable du couple dont ils sont issus, ou du membre survivant de ce couple, par ailleurs dûment informés des possibilités d'accueil des embryons par un autre couple ou d'arrêt de leur conservation. […]

[13] *Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, procriação medicamente assistida*.

[14] Cfr. artt. 7, 9, 10, 24, 25, 28 e 29. *Artigo 7.º Finalidades proibidas. 1 - É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objectivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros. 2 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo. 3 - Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave. 4 - As técnicas de PMA não podem ser utilizadas com o objectivo de originarem quimeras ou híbridos. 5 - É proibida a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifactoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo.*

Artigo 9.º Investigação com recurso a embriões. 1 - É proibida a criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica. 2 - É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas. 3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida. 4 - Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados: a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projecto parental; b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação; c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação; d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide. 5 - O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e consciente dos beneficiários aos quais se destinavam.

Artigo 10.º Doação de espermatozóides, ovócitos e embriões. 1 - Pode recorrer-se à dádiva de ovócitos, de espermatozóides ou de embriões quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários e desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade dos gâmetas. 2 - Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer.

Artigo 24.º Princípio geral. 1 - Na fertilização in vitro apenas deve haver lugar à criação dos embriões em número considerado necessário para o êxito do processo, de acordo com a boa prática clínica e os princípios do consentimento informado. 2 - O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal e a indicação geral de prevenção da gravidez múltipla.

Artigo 25.º Destino dos embriões. 1 - Os embriões que, nos termos do artigo anterior, não tiverem de ser transferidos, devem ser criopreservados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos. 2 - Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser doados a outro casal cuja indicação médica de infertilidade o aconselhe, sendo os factos determinantes sujeitos a registo. 3 - O destino dos embriões previsto no número anterior só pode

L'obiettivo "politico" di tali scelte pare essere quello – per l'appunto definito qui convenzionalmente "pragmatico" – di voler limitare il compito del legislatore ad una serie di prescrizioni pratiche (sulle quali più semplice evidentemente appare la formazione di un consenso) senza addentrarsi nelle delicate ed assai controverse questioni relative alla qualificazione dell'embrione umano (tema sul quale il consenso risulta evidentemente più arduo – se non impossibile – da raggiungere), suscettibile di provocare tutta una serie di conseguenze in termini di statuto in senso forte.

Sembra opportuno notare, a questo proposito, che se tale tipo di "strategia" appare quasi scontata per i documenti della Comunità Europea, inevitabilmente chiamati a mediare tra sistemi giuridici a volte anche molto diversi tra loro, la scelta francese e portoghese appare particolarmente apprezzabile in quanto dettata da una consapevole volontà di seguire e mettere in atto l'impostazione realistica e pragmatica qui richiamata.

II

Un secondo insieme di documenti normativi – per alcuni aspetti peraltro accumulabile al, ed interagente con il primo, come si vedrà tra breve – presenta invece la caratteristica di recepire alcune qualificazioni *biologiche* dell'embrione all'interno del testo legislativo[15]. Ci si riferisce qui, in primo luogo, a quei documenti che si sono ispirati, direttamente o indirettamente, al Rapporto Warnock del 1984 che, come noto, introduceva una distinzione tra pre-embrione ed embrione. Secondo tale classificazione, di chiara derivazione dalle scienze biologiche, vi sarebbe un momento preciso nello sviluppo embrionale (il quattordicesimo giorno) solo a partire dal quale si può parlare propriamente di embrione.

Anche se tale distinzione pare aver perso, negli ultimi anni, molta della sua forza persuasiva, resta il fatto che alcuni testi legislativi emanati negli anni successivi al Rapporto Warnock (ed ancora in vigore) l'hanno fatta propria con delle conseguenze pratiche facilmente comprensibili: eliminare dal regno degli embrioni gli zigoti non ancora giunti al quattordicesimo giorno di sviluppo, applicare le norme a tutela degli

---

verificar-se mediante o consentimento dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivo, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 1 do artigo 14.º 4 - Não ficam sujeitos ao disposto no nº 1 os embriões cuja caracterização morfológica não indique condições mínimas de viabilidade. 5 - Aos embriões que não tiverem possibilidade de ser envolvidos num projecto parental aplica-se o disposto no artigo 9º.
Artigo 28.º Rastreio de aneuploidias e diagnóstico genético pré-implantação. 1 - O diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) tem como objectivo a identificação de embriões não portadores de anomalia grave, antes da sua transferência para o útero da mulher, através do recurso a técnicas de PMA, ou para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 7.º 2 - É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de PMA. 3 - É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida. [...]
Artigo 29º Aplicações. 1 - O DGPI destina-se a pessoas provenientes de famílias com alterações que causam morte precoce ou doença grave, quando exista risco elevado de transmissão à sua descendência. 2 - As indicações médicas específicas para possível DGPI são determinadas pelas boas práticas correntes e constam das recomendações das organizações profissionais nacionais e internacionais da área, sendo revistas periodicamente.

[15] Per un'esauriente ricostruzione, v. MAURON, et al., *Embryo and Fetus*, in *Encyclopedia of Bioethics*, 3rd edition, Macmillan, 2004, Vol. 2, p. 707 ss.

embrioni solo dopo quel momento e poter quindi consentire un più libero utilizzo dell'embrione in fase di pre-impianto, soprattutto a fini di ricerca e sperimentazione.

Esempi normativi di tale ordine di scelta sono, con opportune avvertenze, lo *Human Fertilisation and Embryology Act* inglese del 1990[16], modificato dallo *Human Fertilisation and Embriology Act* del 13 novembre 2008[17] e, soprattutto, le leggi spagnole sulla procreazione assistita, donazione di embrioni e clonazione terapeutica[18]. In effetti, va sottolineato che il recepimento letterale ed esplicito del termine "pre-embrione" è riscontrabile solo nella legge spagnola e non nell'*Embriology Act* inglese, il quale utilizza le conclusioni del Rapporto *Warnock* indirettamente, nel momento in cui consente il rilascio di una licenza per l'utilizzazione di un embrione solo prima della formazione della stria primitiva[19], che a sua volta viene fatta coincidere dalla legge con (al più tardi) il quattordicesimo giorno di sviluppo cellulare[20]. Se si confronta tale statuizione con la definizione di embrione fornita all'art. 1[21], si potrebbe concludere, rispetto alla classificazione qui proposta, che la legge inglese sulla fecondazione assistita si colloca in realtà all'interno del primo modello per ciò che attiene alla definizione letterale di embrione ma all'interno del secondo relativamente alla differenziazione, fondamentale ai fini pratici che il documento normativo disciplina, tra embrioni non ancora giunti al quattordicesimo giorno di sviluppo ed embrioni che hanno invece superato tale limite temporale[22].

---

[16] Per un panorama comparato in tema di procreazione artificiale, v. MEULDERS-KLEIN, DEECH, VLAARDINGERBROEK (editors), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Kluwer Law International, 2002; FREEMAN, *Children, Medicine and the Law*, Ashgate, 2005; CASONATO, FROSINI (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Giappichelli, 2006.

[17] Le principali modifiche introdotte nel novembre 2008 sono finalizzate a: regolamentare tutti gli embrioni non impiantati; regolamentare gli embrioni creati dalla combinazione di materiale genetico umano e animale; permettere la selezione del sesso solo sulla base di ragioni mediche (es.: per evitare una grave malattia che colpisce solo gli uomini); riconoscere le coppie omosessuali come genitori di bambini nati attraverso tecniche di riproduzione assistita.

[18] Originalmente il sistema spagnolo era regolato dalla Ley 35/1988, 22.11.1988 *sobre técnicas de reproducción asistida* e dalla Ley 42/1988, 28.12.1988, *de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*. Cfr. ITZIAR ALKORTA, *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado*, Thomson Aranzadi, 2003. La legge 35/1988 era stata poi emendata dalla Ley 45/2003, 21.11.2003, *sobre técnicas de reproducción asistida*, entrambe ora abrogate dalla Ley 14/2006, 26.5.2006 *sobre técnicas de reproducción humana asistida*. La legge 42/1988 è stata invece abrogata dalla Ley 14/2007, 3.7.2007, *de Investigación biomédica*.

[19] *Section 3, (3) A licence cannot authorise (a) keeping or using an embryo after the appearance of the primitive streak.*

[20] *Section 3, (4) For the purposes of subsection (3)(a) above, the primitive streak is to be taken to have appeared in an embryo not later than the end of the period of 14 days beginning with the day on which the process of creating the embryo began, not counting any time during which the embryo is stored.*

[21] *In this Act (except in section 4A or in the term "human admixed embryo") - (a) embryo means a live human embryo and does not include a human admixed embryo (as defined by section 4A(6)), and (b) references to an embryo include an egg that is in the process of fertilisation or is undergoing any other process capable of resulting in an embryo*. Nell'*Embriology Act* del 1990 la definizione era la seguente: *In this Act, except where otherwise stated (a) embryo means a live human embryo where fertilisation is complete, and (b) references to an embryo include an egg in the process of fertilisation, and, for this purpose, fertilisation is not complete until the appearance of a two cell zygote*.

[22] Cfr. altresì *Section 4A (3): A licence cannot authorise keeping or using a human admixed embryo after the earliest of the following - (a) the appearance of the primitive streak, or (b) the end of the period of*

Come accennato, è invece la Spagna ad aver adottato esplicitamente la distinzione tra pre-embrioni ed embrioni a partire dalla legge 35/1988[23]. I testi normativi, infatti, utilizzavano ed utilizzano tuttora abbondantemente il termine pre-embrione, creando così una differenziazione di tutela tra gli embrioni entro il quattordicesimo giorno di sviluppo e quelli che hanno superato tale fase. Lo "sbarramento" qui proposto non implica affatto una mancanza di protezione per i pre-embrioni, ma pur sempre consente che si compiano su di essi una serie di interventi (conservazione di pre-embrioni soprannumerari, ricerca e sperimentazione[24], etc.) non consentiti o permessi con limiti più restrittivi in presenza di embrioni giunti oltre il quattordicesimo giorno di sviluppo[25].

---

14 days beginning with the day on which the process of creating the human admixed embryo began, but not counting any time during which the human admixed embryo is stored.

[23] Al punto II delle considerazioni introduttive, si precisava infatti che *"generalmente se viene aceptando el termino "preembrión" también denominado "embrión preimplantatorio", por corresponderse con la fase de preorganogenesis, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del ovulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días mas tarde, cuando anida establemente en el interior del útero acabado el proceso de implantación que se inicio dias antes, y aparece en el la línea primitiva"*. La nuova definizione di pre-embrione risulta nell'art. 1, co. 2, l. 14/2006: *A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde*.

[24] Nella l. 14/2006, si veda, a titolo di esempio: art. 11, 3° comma. *Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida;* art. 11, 4° comma. *Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son: a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge. b) La donación con fines reproductivos. c) La donación con fines de investigación. d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores;* art. 12. *Diagnóstico preimplantacional. 1. Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia. b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión*; art. 13. *Técnicas terapéuticas en el preembrión. 1. Cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo in vitro sólo podrá tener la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas. 2. La terapia que se realice en preembriones in Vitro sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos: a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente. b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación. c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza. d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto*; art. 15. *Utilización de preembriones con fines de investigación. 1. La investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo se autorizará si se atiene a los siguientes requisitos: […] b) Que el preembrión no se haya desarrollado in vitro más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado.*

[25] Il termine "pre-embrione" era abbondantemente utilizzato anche nella regole, non vincolanti, dettate dal

Il recepimento di una qualificazione "biologica" all'interno delle norme sull'embrione non avviene, poi, solo nella direzione indicata dal Rapporto Warnock. In altri testi normativi si ricorre infatti ad una definizione pur sempre di tipo scientifico ma con caratteristiche differenti.

È il caso, ad esempio, della legge tedesca sulla fecondazione assistita[26], il cui art. 8 (Definizioni), 1° comma, afferma che si è in presenza di un embrione dal momento in cui si compie la fecondazione e vi sia la possibilità di sviluppo dell'ovulo fecondato, a partire dalla fusione dei nuclei cellulari. La norma aggiunge che lo stesso termine (embrione) si applica a ciascuna cellula totipotente estratta da un embrione, suscettibile di dividersi in presenza delle altre condizioni necessarie e svilupparsi fino a formare un individuo e specifica, al comma successivo, che l'ovulo fecondato si intende suscettibile di sviluppo nel corso delle prime 24 ore successive alla fusione dei nuclei cellulari, a meno che non si sia constatata, prima che sia trascorso tale termine, l'impossibilità di svilupparsi oltre lo stadio unicellulare[27].

La stessa soluzione è presente anche nella legge svizzera[28] in cui all'art. 2, lett. h si chiarisce che per oocita impregnato deve intendersi l'"*oocita fecondato prima della*

Conselho Federal de Medicina (CFM) nel 1992 e destinate a orientare la pratica clinica brasiliana in tema di fecondazione assistita, vista l'assenza di un testo normativo (*Resolução* CFM nº 1.358/92). Tale documento è ora integralmente sostituito dalla nuova, recentissima, risoluzione del CFM del 2010 (Resolução CFM nº 1.957/10). Mentre nel testo del 1992 si usava sempre e solo la parola "pre-embrione" (art. I.6: *O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro [...];* art. III.2: *um registro permanente […] dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões;* rubrica dell'art. IV: *Doação de gametas ou pré-embriões;* art. IV.3: *Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões […];* art. V: *Criopreservação de gametas ou pré-embriões 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões. 2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado[...]; 3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados [...];* art. VI: *Diagnóstico e tratamento de pré-embriões. [...] 1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias[...]; 2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão[...]. 3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias*), nella risoluzione del 2010 il termine è stato ovunque sostituito dalla parola "embrione" (tranne che nell'art. V.3, forse per un refuso). Il testo novellato del 2010 mantiene comunque l'art VI.3 secondo cui *"O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias"*, che ribadisce così nella sostanza il tradizionale limite temporale alla base del concetto di pre-embrione. Sulla disciplina brasiliana in tema di fecondazione assistita cfr. BRAUNER, *Reprodução humana assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade*, in VIEIRA, *Ensaios de Bioética e Direito*, Consulex, 2009, p. 29 ss.

[26] *Embryonenschutzgesetz* del 13.12.1990.

[27] Art. 8, co. 1 e 2, *Embryonenschutzgesetz*: (1) *For the purpose of this Act, an embryo already means the human egg cell, fertilised and capable of developing, from the time of fusion of the nuclei, and further, each totipotent cell removed from an embryo that is assumed to be able to divide and to develop into an individual under the appropriate conditions for that.* (2) *In the first twenty four hours after nuclear fusion, the fertilised human egg cell is held to capable of development except when it is established before expiry of this time period that it will not develop beyond the one cell stage.* (trad. ufficiosa in Inglese del *Centre for German Legal Information*, www.cgerli.org)

[28] Legge federale concernente la procreazione con assistenza medica (Legge sulla medicina della procreazione, LPAM) del 18 dicembre 1998.

fusione dei nuclei", mentre alla lett. i) si statuisce che per embrione si intende il *"frutto risultante dopo la fusione dei nuclei e sino alla conclusione dell'organogenesi"*.

In altre parole, le leggi tedesca e svizzera, facendo proprie le distinzioni biologiche che caratterizzano le primissime fasi dello sviluppo embrionale, stabiliscono una differenziazione tra ootide (del quale è consentita la congelazione)[29] e embrione[30]. In base a tale differenziazione, perché si possa parlare di embrione, non basta la presenza dell'ootide (cioè dell'oocita fertilizzato a due pronuclei) ma è necessaria la successiva fusione dei nuclei.

Si tratta, come si può notare, di una scelta qualificativa certamente più restrittiva di quella adottata dal Rapporto Warnock, ma che pur sempre pone un limite – non più relativo alla formazione della stria primitiva intorno al quattordicesimo giorno, bensì alla fusione dei nuclei – teso a stabilire una determinata protezione (in particolare per ciò che concerne la ricerca e la sperimentazione) non a tutti gli embrioni ma solo a quelli che risultano aderenti alla definizione fornita[31].

Caratteristica peculiare dei documenti normativi appartenenti a questo "gruppo" appare dunque quella di adottare un momento-limite (variamente attinto dalle fonti biologiche) all'interno del processo di sviluppo della vita embrionale, al fini di permettere tutta una serie di utilizzazioni sugli embrioni che si trovano al di qua dello "sbarramento" proposto, e creando di conseguenza un effetto di "rimbalzo" in termini di protezione giuridica (maggiore) nei confronti invece degli embrioni umani che si trovano oltre la fase evolutiva indicata nel limite.

III

Il terzo modello rinvenuto si caratterizza, giuridicamente, per una diversa scelta semantica, ai sensi della quale si rinuncia ad addentrarsi in distinzioni biologiche relative ai vari momenti di sviluppo della vita prenatale, e si introducono però misure specifiche di protezione che tendono a collocare l'embrione[32] nell'universo dei diritti, alcuni dei quali (in specie, quelli patrimoniali) subordinati all'evento della nascita, altri invece proteggibili direttamente a partire dal concepimento e destinati a soccombere, eventualmente e con modalità di volta in volta diverse, solo in conflitto con altri valori ugualmente o maggiormente tutelati.

---

[29] Cfr. www.darwinweb.it/stampa_fec_6.html (consultato l'11.1.2011): "Quando si parla di ootide si intende un ovocita che è stato fecondato da uno spermatozoo ma presenta i corredi cromosomici materno e paterno ancora separati. In pratica non si è ancora verificata la opposizione sulla piastra metafasica dei due corredi cromosomici che denota la formazione dello zigote. Si parla di embrione, invece, quando il processo di fecondazione è terminato e si è verificata la prima divisione cellulare. Il congelamento degli ootidi è utilizzato in Germania, Austria e Svizzera dove la legge sulla protezione dell'embrione impedisce di congelare a qualsiasi stadio di divisione."

[30] Cfr. FLAMIGNI, *La legge n 40 sulla PMA e le leggi europee*, in *La Rivista Italiana di Ostetricia e Ginecologia*, Vol. 3, p. 46 ss., anche in www.mnlpublimed.com/public/0403A08.pdf (consultato l'11.1.2011). Si v. altresì il parere del COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Considerazioni bioetiche in merito all'"ootide"*, cit.

[31] Va segnalato che nel 2002 la Germania ha approvato la *Stammzellgesetz* – StZG (*Act ensuring protection of embryos in connection with the importation and utilization of human embryonic stem cells*) che consente, in determinate condizioni, l'importazione e l'utilizzazione di cellule staminali embrionarie.

[32] Tali norme generalmente non utilizzano il termine "embrione", ma ad esso si riferiscono implicitamente laddove prevedono l'esistenza di diritti a favore del concepito o del nascituro.

È il caso della via seguita in alcuni codici civili, negli articoli dedicati all'acquisizione della "personalità" o "capacità giuridica". In questo senso si veda l'art. 1 del cod. civ. italiano[33], (il quale, nonostante l'entrata in vigore della legge sulla fecondazione assistita, che pur attribuisce una "soggettività" al concepito[34], mantiene sostanzialmente intatta la sua impostazione ed i suoi contenuti[35]) e i codici civili di altri Paesi dell'area latina quali ad esempio la Spagna[36], il Portogallo[37] e il Brasile[38]. Lo schema qui seguito attribuisce, come è noto, la qualità di "persona", in senso giuridico, solo all'individuo già nato, ma pur tuttavia prevede una serie di diritti anche in capo al concepito. Come accennato, tali diritti possono distinguersi in due categorie: quelli (di tipo patrimoniale) subordinati comunque all'evento della nascita, e quelli relativi alla protezione della vita e della salute del concepito, nelle fasi antecedenti la (eventuale) nascita[39].

---

[33] Art. 1. *Capacità giuridica. 1. La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. 2. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita*. Diversa, come noto, la scelta del codice civile francese (art. 8: *Tout Français jouira des droits civils*) che però, senza ricorrere al termini "diritti", riconosce il rispetto dell'essere umano fin dall'inizio della sua vita (art. 16: *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*). L'art. 1 del BGB tedesco contiene invece una prospettiva simile al primo comma dell'art. 1 del codice italiano (*La capacità giuridica della persona inizia con il compimento della nascita*, nella traduzione italiana a cura di PATTI, *Codice civile tedesco*, Giuffrè, 2005, p. 3) a cui non segue però il riferimento ai diritti del nascituro. Cfr. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti. L'art. 1 c.c. e la vita prenatale*, in MAZZONI, *Per uno statuto del corpo*, Giuffrè, 2008, p. 159 ss.

[34] Art. 1, co. 1, l. 19.2.2004, n. 40, *"Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*: *al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito*.

[35] Cfr. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti.*, cit., p. 173; STANZIONE, SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*, Giuffrè, 2004, p. 29 ss.; RISICATO, *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 674 ss.; *Contra*, CASINI, *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritana: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi genetica preimpianto*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, I, p. 290 ss. Sul punto, v. *infra*, *sub* 4).

[36] Artt. 29 (*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*) e 30 cod. civ. (*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*).

[37] Artt. 66 [*(Começo da personalidade) 1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento*.] e 67 cod. civ. *[(Capacidade jurídica) As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas, salvo disposição legal em contrário; nisto consiste a sua capacidade jurídica.]*.

[38] Art. 2 del nuovo cod. civ.: *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*. Cfr. FROZEL DE CAMARGO, *Reprodução humana. Ética e direito*, Edicamp, 2004; DINIZ, *O estado atual do Biodireito*, 5ª ed., Saravia, 2008, p. 20 ss. Secondo l'autrice, in realtà, il sistema brasiliano sarebbe fondato sul principio assoluto, costituzionalmente garantito (art. 5) dell'inviolabilità della vita a partire dal concepimento, in un *continuum* che, per quanto attiene ai diritti personalissimi, non lascerebbe spazio a distinzioni tra il nascituro e l'individuo già nato (*O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5°*, caput, *assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, consequentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento especifico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa*).

[39] Cfr. ZATTI, *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti*, cit., p. 167 ss.

Il grado di effettività di quest'ultima categoria di prerogative riconosciute al nascituro dipenderà poi, naturalmente, dalle norme specifiche chiamate a concretizzare il principio generale enunciato. Basti qui ricordare per cenni alcune leggi sull'aborto per notare come le scelte di fondo che ispirano tali strumenti legislativi possano condurre a livelli di tutela della vita non ancora nata molto diversi fra loro[40].

La legge italiana[41], com'è noto, consente il sacrificio del nascituro in presenza di alcune situazioni che si fanno più stringenti all'aumentare della sua età gestazionale: se nei primi novanta giorni, infatti, l'interruzione della gravidanza è consentita quando vi è un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica della donna (qui intesa in senso ampio)[42], oltre tale momento l'interruzione è prevista unicamente *"quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna"* o *"quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna"* (art. 6) e non appena vi sia *"la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo"* in caso di pericolo di vita della donna *"e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto"* (art. 7).

In Spagna, la situazione è mutata in tempi recentissimi, grazie alla *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, entrata in vigore il 5 luglio 2010[43], che ha introdotto la facoltà per la donna di abortire liberamente entro le prime quattordici settimane di gestazione[44].

---

[40] Sui vari modelli in tema di aborto, v. ESER, KOCH, *Abortion and the Law*, Asser Press, 2005. V. anche MASON, *The Troubled Pregnancy*, Cambridge University Press, 2007.

[41] Che pure enuncia all'art. 1, il principio generale secondo cui si "*tutela la vita umana dal suo inizio*". Cfr. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, cit., 152.

[42] *Art. 4. Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a) , della legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia.* Sul concetto di salute che emerge da questa disposizione, sia consentito il rinvio a DURANTE, *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 139; ID., *La salute come diritto della persona*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ, ZATTI, Giuffrè, 2011, Tomo I, 592 ss.

[43] In precedenza, la legge organica 9/1985 aveva depenalizzato l'interruzione di gravidanza in alcune ipotesi: grave pericolo per la vita o la salute fisica o psichica della donna (con necessità di certificazione medica); violenza sessuale; gravi malformazioni fisiche o psichiche del feto (in questo caso l'aborto era permesso entro la ventiduesima settimana di gestazione).

[44] Art. 14: *Interrupción del embarazo a petición de la mujer. Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley. b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.* La nuova legge, inoltre, mantiene sostanzialmente le norme sul c.d. "aborto terapeutico" (*Art. 15. Interrupción por causas médicas. Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista*

Oltre a tale statuizione, la novella contiene altre norme innovative a favore dei diritti della donna[45] e che indicano una prevalenza della salute della donna[46] sulla vita dell'embrione.

Sulla medesima linea si pone la disciplina portoghese, dopo l'intervento del legislatore del 2007[47], che ha legalizzato l'interruzione volontaria della gravidanza attraverso la modifica dell'art. 142, co. 1°, cod. pen. L'aspetto più innovativo della norma è l'introduzione della possibilità, per la donna, di abortire liberamente nelle prime dieci settimane di gestazione[48].

---

grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada […] b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto […] c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida […] o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico […]).

[45] *Artículo 3. Principios y ámbito de aplicación. 1. En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes. 2. Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida.* […] *Artículo 12. Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.*

[46] Significativo è il richiamo esplicito alla definizione di salute dell'OMS, altresì declinata in termini di salute sessuale e riproduttiva (*Artículo 2. Definiciones. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley se aplicarán las siguientes definiciones: a) Salud: el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. b) Salud sexual: el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia. c) Salud reproductiva: la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos*). Cfr. DURANTE, *Dimensioni della salute*, cit.; ID., *La salute come diritto della persona*, cit.

[47] *Lei n.º 16/2007 de 17 de Abril. Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez.* La legge è di due mesi successiva al referendum con cui, l'11 febbraio, i portoghesi avevano al 59,25% risposto favorevolmente alla seguente domanda: "*Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?*". In precedenza (28 giugno 1998), si era tenuto un altro referendum con quesito simile (*A pedido da mulher e após consulta num Centro de Acolhimento Familiar, nas primeiras 10 semanas de gravidez, para preservação da sua integridade moral, dignidade social ou maternidade consciente*), che era però stato respinto con il 50,9% dei voti.

[48] *Artigo 142.º [...] 1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: a) ... b) ... c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; d) ... e)* For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez. (tondo mio). Prima della novella del 2007, l'art. 142, co. 1°, era così redatto: *1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina: a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida; b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;*

Decisamente diversa risulta invece la legislazione brasiliana (e, in genere, dei Paesi sudamericani) in tema di aborto, in cui le situazioni ove l'interruzione di gravidanza non comporta una sanzione penale sono da considerarsi eccezionali (se vi è rischio di vita per la madre; se la gravidanza è il risultato di uno stupro; art. 128 cod. pen.[49]). Tale modello normativo, dunque, parrebbe indirizzato verso una forte tutela dell'embrione umano, benché, come visto, esso non sia qualificato come persona, ai sensi dell'art. 2, cod. civ.

Nell'ordinamento brasiliano, però, si ritrovano norme che guardano all'embrione in un'ottica decisamente diversa; in particolare, va menzionata la legge sulla "bio-sicurezza" (*Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*) che in alcune condizioni consente esplicitamente la terapia e la ricerca su embrioni con determinate caratteristiche (art. 5[50])

In ogni caso, qualunque soluzione pratica si sia deciso di attuare, ciò che accomuna il modello di tutela in questione è il riconoscimento di diritti in capo al nascituro (e di conseguenza all'embrione) e la previsione che tali diritti possano cedere, a determinate condizioni ed entro determinati limiti, solo di fronte alla necessità di salvaguardare altri diritti, che gli ordinamenti giuridici ritengono, in caso di conflitto, meritevoli di maggiore tutela.

IV

Un ulteriore passo in avanti, nel senso di una significativa qualificazione semantica dell'embrione all'interno dei testi normativi, si riscontra infine in quei documenti che si spingono fino ad attribuire all'embrione un'esplicita soggettività o personalità.

Si è già accennato alla legge italiana sulla procreazione assistita che, come ricordato, qualifica come "soggetto" l'embrione umano, introducendo così nel nostro

---

c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as leges artis, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo; d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.

[49] Art. 128. *Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.*

[50] Art. 5º *É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I - sejam embriões inviáveis; ou II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comités de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. La norma è stata oggetto di una richiesta di illegittimità costituzionale per presunta violazione degli artt. 1 e 5 della Costituzione Brasiliana (cfr. DINIZ, *O estado atual do Biodireito*, cit., p. 468 ss.). Il *Supermo Tribunal Federal* (*Tribunal Pleno*) ha però respinto il ricorso (*Ação Direta de Inconstitucionalidade* 3.510, relatore Ayres Britto, decisione del 29.5.2008, in www.stf.jus.br, consultato l'11.1.2011).

ordinamento un elemento almeno potenzialmente dirompente rispetto alla sistemazione tradizionale degli istituti relativi alla soggettività, personalità e capacità[51].

Più compiutamente, invece, si fa riferimento a quei sistemi giuridici che qualificano esplicitamente l'embrione come "persona", come, ad esempio, quello argentino[52]. Il codice civile argentino del 1871[53] presenta infatti da questo punto di vista un

[51] La recente legge n. 40 del 2004 vorrebbe infatti porre in discussione la correlazione tra soggettività e capacità giuridica, dal momento che quest'ultima continua ad acquisirsi al momento della nascita, ai sensi dell'art. 1 cod. civ., ma allo stesso tempo la vita umana dal momento del concepimento è già un "soggetto" (art 1, co. 1, l. 40/2004). Cfr. STANZIONE, SCIANCALEPORE (a cura di), *Procreazione assistita*, cit., p. 29 ss.; SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Giuffrè, 2007; CAMASSA, CASONATO, *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Università degli Studi di Trento, 2005; ROSSANO, SIBILLA (a cura di), *La tutela giuridica della vita prenatale*, Giappichelli, 2005; LALLI, *Libertà procreativa*, Liguori, 2004; BUCCELLI, *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004 (e correlato d.m. 21 luglio 2004)*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2006, p. 15 ss., ove anche un rapido panorama delle legislazioni europee in tema di PMA, p. 31 ss.; CHIARELLA, *Procreazione medicalmente assistita e selezione degli embrioni: il sogno di un figlio tra diritti e aspirazioni*, in *Familia*, 2005, p. 461 ss.; SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 203 ss.; OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Utet, 2008. In realtà, l'articolo appena citato non ha pressoché mutato il quadro precedente, non solo per la persistente presenza di disposizioni normative e di sovraordinati principi generali dell'ordinamento in grado di fornire adeguata protezione ai valori che dovessero entrare in conflitto con i "diritti" dell'embrione, ma anche perché le contraddizioni di una siffatta scelta normativa (aggravata dalla prima versione delle *Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita linee guida ministeriali*, d. m. 21.7.2004) sono state da subito evidenziate dalla giurisprudenza (TRIB. CAGLIARI, 16.7.2005, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, I, p. 613 ss., con nota di PALMERINI, *La Corte costituzionale e la procreazione assistita*; TRIB. CAGLIARI, 22.9.2007, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, I, p. 249 ss., con nota di PALMERINI, *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata*; TRIB. FIRENZE, 17.12.2007, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 420, con nota di DELLA BELLA; TAR LAZIO, 21.01.2008, n. 398, in *Foro italiano*, 2008, III, pp. 207 e 312, con nota di CASABURI; in *Famiglia e diritto*, 2008, p. 499, con nota di FIGONE; in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, p. 489, con nota di PENASA; in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 1901, con nota di GIRELLI; in FORO AMMINISTRATIVO-TAR, 2008, p. 1042, con nota di FERRARA; TRIB. FIRENZE, 26.8.2008, in *Foro italiano*, 2008, I, p. 3354; TRIB. MILANO, 6.3.2009 e TRIB. MILANO, 10.3.2009, ined.; per un riconoscimento della soggettività del concepito e, di conseguenza, della distinzione tra i concetti di soggettività e di capacità, v. CASS. 11.5.2009, n. 10741, in *Foro it*., 2010, I, p. 141, con nota di BITETTO e DI CIOMMO; in *Danno e resp*., 2010, p. 144, con nota di DI CIOMMO; in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, I, p. 1258, con nota di CRICENTI; in *Dir. famiglia*, 2009, p. 1159, con nota di BALLARANI) e dalla CORTE COST., 8.5.2009, n. 151 (in, *ex plurimis*, *Foro it*., 2009, I, p. 2301, con nota di CASABURI; *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1123, con nota di FERRANDO), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di parte dei commi 2° e 3° dell'art. 14 della l. 40/2004. Sulla procreazione assistita, si veda anche VALENTINI, *La fecondazione proibita*, Feltrinelli, 2004.

[52] Anche il cod. civ. peruviano presenta un'interessante qualificazione dell'embrione (*Artículo 1.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es* sujeto de derecho *para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo*) anche se non si spinge fino a riconoscere personalità giuridica al frutto del concepimento. Degno di menzione è altresì il "Patto di San José" (*Convenzione Americana sui Diritti dell'Uomo*, adottata il 22 novembre 1969), secondo cui *"ai fini della presente Convenzione, il termine "persona" si riferisce ad ogni essere umano"* (art. 1, co. 2), *"ogni persona ha il diritto al riconoscimento della propria personalità giuridica"* (art. 3) e *"ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita. Tale diritto è protetto dalla legge e, in generale, è tutelato a partire dal momento del concepimento. Nessuno può essere privato arbitrariamente della vita"* (art. 4, co. 1).

[53] Nel 1998 fu discusso un progetto di riforma del codice, che però, a quanto risulta, non è giunto ad approvazione.

impianto normativo estremamente significativo. L'art. 70[54] stabilisce che "*desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido*". La norma si integra con quella di cui all'art. 63, che istituisce la figura peculiare della "*persona por nacer*" (*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*), nonché con le disposizioni di cui agli artt. 54 (*Tienen incapacidad absoluta: 1. Las personas por nacer; [...]*), 56 (*Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley*) e 57 (*Son representantes de los incapaces: 1. De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre*) in tema di capacità.

Dall'insieme di tali norme risulta quindi che, nel sistema argentino, il concepimento in seno materno è il momento in cui viene ad esistere la persona fisica, la quale non possiede (durante la vita prenatale) una capacità diretta di "*adquirir derechos o contraer obligaciones*", potendo però essere sostituita, a questi fini, dai rappresentanti legali di cui all'art. 57 (genitori o, in mancanza di essi o se incapaci, i curatori nominati). L'impianto normativo è invero condizionato dal disposto di cui all'art. 74 (secondo cui le persone "*si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido*"), che sembra ricondurre l'istituto alla generale subordinazione dei diritti del nascituro all'evento della nascita.

Ovviamente lo scopo di tale scelta normativa, condotta attraverso il riconoscimento della personalità a partire dal momento del concepimento, pare quello di salvaguardare e tutelare la vita delle persone fisiche in tutte le fasi del loro sviluppo, e non solo dopo la nascita. La disciplina argentina dell'aborto fornisce, a questo proposito, delle conferme solo parziali rispetto all'impostazione qui seguita, dal momento che – in realtà parallelamente ad altri sistemi giuridici in cui il concepito non è riconosciuto come persona – l'aborto è considerato un reato dal codice penale, ma è consentito a determinate condizioni, del tutto simili a quelle previste, ad esempio, dal codice penale brasiliano[55].

Una delle questioni più scottanti nell'attuale dibattito argentino riguarda la presenza, al giorno d'oggi, degli embrioni *in vitro*, dato evidentemente imprevedibile all'epoca della redazione del codice civile. Se infatti l'esistenza della persona ha inizio

---

[54] Situato all'interno del Titolo rubricato "*De la existencia de las personas antes del nacimiento (artículos 70 al 78)*".

[55] Art. 86 cod. pen.: *[…] El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto*). Cfr. www.derechoalaborto.org.ar/legis.htm e www.despenalizacion.org.ar/jurisprudencia_argentina.html, consultati l'11.1.2011; si veda, in quest'ultima pagina web, l'interessante rassegna giurisprudenziale sul tema, tra cui va segnalata l'importante decisione del *Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional Nro. II de Bariloche*, del 5.4.2010 in si afferma che *"en los casos contemplados en el art. 86, segundo párrafo, incisos 1° y 2° del Código Penal, no se requiere de autorización judicial para proceder a la interrupción de un embarazo"*, in conformità con il dettato normativo che non prevede la necessità di un'autorizzazione giudiziale all'interruzione di gravidanza.

nel momento del concepimento "nel seno materno" (art. 70), un'interpretazione letterale della norma dovrebbe a rigore escludere che la personalità possa essere attribuita anche agli embrioni *in vitro*. Vi è però in Argentina chi ritiene che l'interpretazione più corrispondente allo spirito della disposizione sarebbe invece quella di estendere l'applicazione delle norme codicistiche a tutti gli embrioni, dovendosi leggere la previsione della presenza dell'embrione nel seno materno solo come il retaggio storico di una statuizione datata, nata in un periodo in cui gli attuali sviluppi delle tecniche di riproduzione embrionale non erano neppure immaginabili[56]. Tale tesi, se da un lato pare riflettere la concezione generale del nascituro che emerge dal codice civile argentino, dall'altro rischia di risolversi in un non adeguatamente equilibrato contemperamento degli interessi in gioco: la tutela dell'embrione da un lato e la protezione di altri valori parimenti degli di tutela, in particolare la salute e il benessere della donna.

Resta il fatto che una scelta di questo tipo configura una qualificazione giuridica dell'embrione estremamente ampia[57] e in genere coerente con gli impianti normativi dei Paesi dell'America Latina che presentano, in tema di tutela della vita nascente, delle caratteristiche generalmente diverse da quelle riscontrabili nei sistemi europei o nordamericani.

CONCLUSIONI

Come accennato in apertura, alcune scelte semantiche sono il risultato di precise volontà di trasporre nel diritto una particolare posizione etica o etico-religiosa, che molto spesso si ritiene non negoziabile. Ciò nel senso e nell'intenzione di rendere, anche da un punto di visto giuridico, "assoluta" quella posizione, cioè "formulata in modo e con forza tali da escludere ogni considerazione di valori contrapposti"[58]. Sono queste le scelte di quel "diritto pesante" a cui accennavo in apertura, accolto in alcuni sistemi giuridici[59] e che da parte di qualcuno si vorrebbe inserire anche in ordinamenti – quali ad esempio quello italiano – finora più attenti ad un corretto equilibrio dei diversi valori in gioco.

L'errore di fondo di tale prospettiva è costituito evidentemente dalla pretesa imposizione alla collettività di principi e valori non condivisi, come ad esempio quello dei confini temporali (inizio e fine) della persona umana[60]. In particolare, la

---

[56] In tal senso, v. *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*, sala I, 03/12/1999, in *La Ley* 2001-C, 824 - *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General* (sentenza Rabinovich); *Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata*, 29/12/2008, in LLBA 2009 (febrero), 100; DJ 03/06/2009, 1527 (sentenza NN c/ IOMA). Va evidenziato che la sentenza Rabinovich è un Plenario (la decisione è stata presa da tutte le "Camere nazionali civili") e ciò costituisce un precedente, in modo del tutto simile al sistema dei Paesi di Common Law. Cfr. altresì BLASI, *¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario*, in *Persona, derecho y libertad*, Motivensa, 1/1/2009, p. 95 ss.

[57] Cfr. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Giappichelli, 2001, p. 91.

[58] ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, cit., p. 150.

[59] Cfr. *supra*, *sub*. 4).

[60] Un cenno può altresì essere fatto alla mancanza di realismo, giuridico ma soprattutto pratico, che spesso si accompagna alle scelte "assolute". Il caso delle legislazioni antiabortiste è emblematico, essendo noto il fatto che nonostante il divieto gli aborti continuino ad esserci ma o sono gestiti in modo clandestino e segreto o sono effettuati in strutture di altri Paesi, dotati di leggi più permissive. In tutti questi casi è evidente non solo il

questione dell'inizio della vita ci offre due esempi contrapposti del medesimo errore: la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America *Roe v. Wade*[61] e la già citata legge italiana sulla procreazione assistita (l. 40/2004). L'argomentazione con la quale la corte americana ha "liberalizzato" l'aborto negli USA (secondo cui la vita prenatale non gode della protezione costituzionale nei primi mesi di gestazione[62]), non ha tenuto in debito conto le esigenze di tutela della vita umana fin dal concepimento[63]; in senso opposto, la legge 40/2004, conferendo lo *status* di "soggetto" all'embrione, si proponeva di negare un'adeguata protezione a qualsiasi diritto o prerogativa che si ponesse in contrasto con l'integrità e la vita dell'embrione *in vitro*[64].

I risultati pratici di tali scelte sono evidentemente negativi: da un lato l'uso del diritto per imporre a tutti una particolare posizione etica non può che provocare la radicalizzazione dello scontro – come puntualmente avvenuto negli Stati Uniti proprio sul tema dell'aborto –, dall'altro gli obiettivi che in questo modo ci si prefigge di raggiungere o sono destinati al fallimento (come per la legge italiana sulla procreazione assistita[65]) o non differiscono sostanzialmente da quelli che si potrebbero raggiungere con un metodo diverso, in grado di riconoscere le varie posizioni morali e di porsi il problema del loro bilanciamento. E questo perché, in realtà, l'eventuale scelta di

---

rischio per la salute della donna ma anche il grave effetto di discriminazione sociale, avendo solo una parte della popolazione i mezzi per procedere comunque all'interruzione della gravidanza nelle suddette forme.

[61] In www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html. Cfr. altresì http://womenshistory.about.com/od/abortionuslegal/p/roe_v_wade.htm (consultati l'11.1.2011).

[62] Roe vs. Wade, X, […] *With respect to the State's important and legitimate interest in the health of the mother, the "compelling" point, in the light of present medical knowledge, is at approximately the end of the first trimester. This is so because of the now-established medical fact, referred to above at 149, that until the end of the first trimester mortality in abortion may be less than mortality in normal childbirth. It follows that, from and after this point, a State may regulate the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health. […]*

This means, on the other hand, that, for the period of pregnancy prior to this "compelling" point, the attending physician, in consultation with his patient, is free to determine, without regulation by the State, that, in his medical judgment, the patient's pregnancy should be terminated. If that decision is reached, the judgment may be effectuated by an abortion free of interference by the State.

With respect to the State's important and legitimate interest in potential life, the "compelling" point is at viability. This is so because the fetus then presumably has the capability of meaningful life outside the mother's womb. State regulation protective of fetal life after viability thus has both logical and biological justifications. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother.

[63] In un'ottica diversa e del tutto condivisibile si è invece mossa la Corte costituzionale italiana (CORTE COST., 18.2.1975, n. 27, In *Foro it*., 1975, I, p. 515; in *Giur. cost*., 1975, I, p. 117), nella celebre decisione che ha aperto la strada alla liberalizzazione dell'aborto in Italia. In quell'occasione, infatti, la Consulta ha riconosciuto protezione costituzionale alla vita prenatale (*l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito*) statuendo però che *"non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare"*.

[64] Non solo la ricerca scientifica ma anche i fondamentali diritti della donna e della coppia quali l'impossibilità di ritirare il consenso all'impianto una volta fecondato l'ovulo (art. 6, co. 3), l'impossibilità di procedere alla diagnosi pre-impainto (prime linee guida d. m. 21.7.2004) e l'obbligo di procedere ad un unico e contemporaneo impianto di massimo tre embrioni (art. 14, co. 2) ora abrogato dalla Corte costituzionale italiana.

[65] V. *supra*, *sub* 4.

una soluzione giuridica "forte" potrà al massimo "spostare i pesi nei piatti del bilanciamento, ma non escluderne la necessità"[66].

Meglio sarebbe, in sede legislativa, riconoscere pari dignità alle diverse posizioni morali sul tema dell'inizio della vita (così come su altre questioni cosiddette "eticamente sensibili"), accettare l'idea di un conflitto non sanabile circa le premesse e concentrarsi invece sulle soluzioni di volta in volta più adeguate rispetto agli obiettivi che ci si propone di realizzare.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALPA, Guido. *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità e divieti, in sociologia del diritto*, MILANO, 2004, pp. 13-42.

BARRA, Rodolfo Carlos. *Lo statuto giuridico dell'embrione umano*, in Jus, Milano, 2000, pp. 157-165.

BINET, Jean-René. *Le nouveau droit de la bioéthique*. Paris: Litec, 2005.

BISCONTINI, Guido; Ruggeri, Lucia (a cura di). *La tutela dell'embrione*. Napoli: E.S.I., 2002.

BLASI, Gastón Federico. *¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario*, in *Persona, derecho y libertad*, Perú: Motivensa, 1/1/2009, pp. 95-120.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Reprodução humana assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade*, in Vieira, Tereza RODRIGUES. *Ensaios de Bioética e Direito*, Brasília: Consulex, 2009, pp. 29-43.

BUCCELLI, Claudio. *La tutela dell'embrione nella legge 40/2004* (e correlato d.m. 21 luglio 2004), in *Rivista italiana di medicina legale*, Milano, 2006, pp. 15-37.

BUSNELLI, Francesco Donato. *Bioetica e diritto privato*. Torino: Giappichelli, 2001.

CAMASSA, Erminia; Casonato, Carlo. *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*. Trento: Università degli Studi, 2005.

CARBONE, Giorgio Maria. *L'embrione umano: qualcosa o qualcuno?* Bologna: ESD, 2005.

CASINI, Carlo. *Lo statuto giuridico dell'embrione umano, in Iustitia*, Milano, 2001, 4, pp. 557-572.

CASINI, Marina. *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritana: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi genetica preimpianto, in Il Diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2008, I, pp. 287-306.

CASOL, Irene. *Statuto giuridico dell'embrione e status personale del nato, in Giustizia civile*, Milano, 1994, pp. 13-23.

CASONATO, Carlo; Frosini, Tommaso Edoardo (a cura di). *La fecondazione assistita nel diritto comparato*. Torino: Giappichelli, 2006.

CASONATO, Carlo. *Introduzione al biodiritto*. Trento: Università degli Studi, 2006.

CHIARELLA, Maria Luisa. *Procreazione medicalmente assistita e selezione degli embrioni: il sogno di un figlio tra diritti e aspirazioni, in Familia*, Milano, 2005, pp. 461-478.

COLOMBO, Roberto. *La natura e lo statuto dell'embrione umano, in Medicina e morale*, Milano, 1997, pp. 761-766.

[66] ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, cit., 151. Significativamente l'a. sottolinea altresì che "la «legge» primaria ed interna del diritto, negli ordinamenti attuali, non può essere che di riconoscere i valori in conflitto e di porsi il problema del loro bilanciamento; il che non esclude, si intenda bene, soluzioni in cui un valore prevale decisamente sull'altro: il «balancing» è un metodo, non un risultato".

COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA. *Considerazioni bioetiche in merito all'"ootide"*, del 15 luglio 2005, in www.governo.it/bioetica/testi/Ootide.pdf (consultato l'11.1.2011).

COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA. *Identità e statuto dell'embrione umano,* del 22 giugno 1996, in www.governo.it/bioetica/pdf/25.pdf (consultato l'11.1.2011).

COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA. *Protezione dell'embrione e del feto umani. Parere del CNB sul progetto di Protocollo dei Comitati di bioetica del Consiglio d'Europa,* del 31 marzo 2000, in www.governo.it/bioetica/pdf/42.pdf (consultato l'11.1.2011).

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*, 5. ed. São Paulo: Saravia, 2008.

DURANTE, Vincenzo. *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale, in Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, pp. 132-148.

DURANTE, Vincenzo. *La salute come diritto della persona*, in CANESTRARI-FERRANDO-MAZZONI-RODOTÀ-ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di Biodiritto,* diretto da RODOTÀ-ZATTI, Milano: Giuffrè, 2011, Tomo I, pp. 579-600.

ESER, Albin; KOCH, Hans-Georg. *Abortion and the Law*. The Hague: Asser Press, 2005.

FERRANDO, Gilda. Libertà, *Responsabilità e procreazione.* Padova: Cedam, 1999.

FERRETTI, Paolo. *In rerum natura esse/In rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico.* Milano: Giuffrè, 2008.

FLAMIGNI, Carlo. *La legge n 40 sulla PMA e le leggi europee*, in *La Rivista Italiana di Ostetricia e Ginecologia*, Bologna, 2004, Vol. 3, pp. 46-48
(anche in www.mnlpublimed.com/ public/0403A08.pdf, consultato l'11.1.2011)

FREEMAN, Michael. *Children, Medicine and the Law.* Burlington: Ashgate, 2005.

FROZEL DE CAMARGO, Juliana. *Reprodução humana. Ética e direito.* Campinas (SP): Edicamp, 2004.

ITZIAR ALKORTA, Idiakez. *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva.* Derecho Español y Comparado. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.

LALLI, Chiara. *Libertà procreativa.* Napoli: Liguori, 2004.

MASON, John Kenyon. *The Troubled Pregnancy.* Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MASTROPAOLO, Fulvio. *Lo statuto dell'embrione, in Iustitia*, Milano, 1996, 2, pp. 126-157.

MAURON, Alexandre et al. *Embryo and Fetus, in Encyclopedia of Bioethics*, 3rd edition (edited by Post, Stephen Garrard). Macmillan, 2004, Vol. 2, pp. 707-740.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse; DEECH, Ruth; VLAARDINGERBROEK, Paul (editors). *Biomedicine, the Family and Human Rights*. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

OCCHIPINTI, Andreina. *Tutela della vita e dignità umana.* Torino: Utet, 2008.

PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e biogiuridica, in Medicina e morale*, Milano, 2004, pp. 301-316.

PALMERINI, Erica. *La Corte costituzionale e la procreazione assistita* (nota a TRIB. CAGLIARI, 16.7.2005), in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Padova, 2006, I, pp. 619-629.

PALMERINI, Erica. *Procreazione assistita e diagnosi genetica: la soluzione della liceità limitata* (nota a TRIB. CAGLIARI, 22.9.2007), in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Padova, 2008, I, pp. 260-265.

PATTI, Salvatore (a cura di). *Codice civile tedesco*. Milano: Giuffrè, 2005.

RISICATO, Lucia. *Lo statuto punitivo della procreazione tra limiti perduranti ed esigenze di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2005, pp. 674-693.

ROSSANO, Riccardo; SIBILLA, Salvatore (a cura di). *La tutela giuridica della vita prenatale.* Torino: Giappichelli, 2005.

SALARIS, M. Giuseppina. *Corpo umano e diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2007.

SCALISI, Antonino. *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, Milano, 2005, pp. 203-220.

STANZIONE, Pasquale; SCIANCALEPORE, Giovanni (a cura di). *Procreazione assistita.* Milano: Giuffrè, 2004.

TARANTINO, Antonio. *Sul fondamento dei diritti del nascituro: alcune considerazioni bioetico-giuridiche*, in *Medicina e morale*, Milano, 1995, pp. 951-983 e 1209-1247.

VALENTINI, Chiara. *La fecondazione proibita.* Milano: Feltrinelli, 2004.

ZANCHINI, Giorgio. *Il feto è una persona? Due risposte*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, Roma, 2001, pp. 89-91.

ZANUSO, Francesca. *Alle origini della riflessione bio-giuridica*, in *Iustitia*, Milano, 2003, 1, pp. 42-64.

ZATTI, Paolo. *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti. L'art. 1 c.c. e la vita prenatale,* in MAZZONI, Cosimo Marco. *Per uno statuto del corpo.* Milano: Giuffrè, 2008, pp. 159-176.

ZATTI, Paolo. *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato,* in *Rivista di diritto civile, Padova*, 1997, II, pp. 107-112.

ZATTI, Paolo. *Quale statuto per l'embrione?,* in *Rivista critica del diritto privato,* Napoli, 1990, pp. 438-489.

ZATTI, Paolo. *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto,* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, 2001, II, pp. 149-160.