

La tutela dell'embrione, tra interpretazione giudiziale e sviluppi della ricerca scientifica, in una recente sentenza della Corte di Giustizia europea (C-34/10 *Olivier Brüstle contro Greenpeace e V.*)[§]

di Viviana Altamore *
(2 dicembre 2011)

La Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, con sentenza del 18 Ottobre 2011 emessa nel procedimento n. C-34/10, *Olivier Brüstle contro Greenpeace e V.*, interviene in una materia scottante quanto complessa, ove entrano in gioco, simultaneamente, i temi della ricerca medico-scientifica, dell'ingerenza tecnica nel "mondo della vita", del primato dell'etica e dei valori.

La decisione giurisprudenziale prende le mosse da un giudizio di annullamento di brevetto, svoltosi innanzi al *Bundespategericht* (Tribunale federale dei brevetti), relativo a cellule progenitrici neurali e procedimenti per la loro produzione a partire da cellule staminali embrionali, nonché alla loro utilizzazione nel campo medico, per la cura, in particolare, di anomalie neurali, quali ad es. il morbo di Parkinson.

Dichiarata la nullità del brevetto, il *Bundesgerichtshof* (Corte federale di Cassazione), adito in appello dal genetista Brüstle, ha ritenuto necessario, al fine di decidere la controversia, un pronunciamento della Corte di Giustizia.

Segnatamente, il giudice del rinvio ha rilevato il contrasto tra la detenzione del summenzionato brevetto e la norma di cui all'art. 2, n. 2, co. 1, punto 3, della legge tedesca relativa ai brevetti, la quale stabilisce espressamente che non sono concessi brevetti per le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali. Nel contempo, ha posto il problema della conformità di esso all'intero impianto normativo di cui alla Direttiva 98/44/CE, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, con precipuo riferimento all'interpretazione della norma di cui all'art. 6 della direttiva ed alla nozione di "embrione umano" ivi contenuta.

La nozione di "embrione umano", ha affermato il giudice del rinvio, deve ricevere una qualificazione unitaria ed armonica in tutto il contesto europeo, senza che siano lasciati margini alla discrezionalità dei singoli stati membri, e, dunque, nel caso specifico, senza doversi ritenere vincolati alla definizione di embrione di cui all'art. 8 n. 1 dell'ESchG (legge sulla protezione degli embrioni).

Il giudice del rinvio ha ritenuto inoltre necessario, in tale prospettiva, stabilire se le cellule staminali embrionali umane, che costituiscono la base di partenza per i procedimenti brevettati, siano da considerare embrioni e siano, di conseguenza, insuscettibili di brevettabilità, non solo per esplicita esclusione normativa, ma anche in considerazione della norma di cui all'art. 5 della direttiva, ai sensi della quale il corpo umano, in tutti i suoi stadi di costituzione e sviluppo, non può essere oggetto di invenzione brevettabile e, dunque, di utilizzo economico-commerciale.

Pertanto, la Corte federale tedesca, sospeso il procedimento, ha sottoposto alla Corte di Giustizia tre questioni pregiudiziali.

La prima, relativa all'interpretazione della nozione di "embrione umano" ex art. 6 n. 2 lett. c della summenzionata direttiva UE, ed in particolare, all'inclusione nel suo alveo di tutti gli stadi di sviluppo della vita sin dalla fecondazione dell'ovulo ovvero a partire da un certo grado di sviluppo. Inoltre, sempre nell'ambito della configurazione di tale nozione, si è posto il problema di ricomprendere in essa anche gli ovuli umani non fecondati in cui sia impiantato un nucleo proveniente da una cellula umana matura, ovvero stimolati con

[§] Scritto proposto dal Prof. *Ciro Sbailò*.

partenogenesi a dividersi e svilupparsi; infine, se vadano incluse le cellule staminali ricavate da embrioni nello stadio di blastocisti.

La seconda questione, strettamente correlata alla prima, riguarda l'uniforme interpretazione dell'espressione "*utilizzazione ai fini industriali e commerciali*", e la possibilità di inquadrare in essa anche l'utilizzazione finalizzata alla ricerca medico-scientifica.

L'ultima questione, infine, attiene al divieto di brevettabilità, sempre ai sensi dell'art. 6 della medesima direttiva, di un determinato "insegnamento tecnico", ossia di un'invenzione, che non abbia ad oggetto l'utilizzazione dell'embrione umano di per sé considerato, ma ove l'embrione costituisca la premessa necessaria per il suo utilizzo, e precisamente, nelle ipotesi in cui il brevetto attenga ad un prodotto la cui creazione comporti la distruzione dell'embrione, ovvero riguardi un procedimento che richiede un materiale di partenza ricavato, pur sempre, dalla distruzione dell'embrione.

Orbene, con riferimento alla prima questione, la Corte ha affermato, preliminarmente, che sebbene la Direttiva non fornisca alcuna definizione di "embrione umano", essa, tuttavia, non fa rinvio ai diritti nazionali per l'attribuzione del significato.

Per conferire alla suindicata nozione un senso unitario, valevole per tutto il territorio dell'Unione, e ricavato dallo spirito e dalla *ratio* complessiva della direttiva medesima, la Corte ha ritenuto centrale, nonostante la presenza nel preambolo della direttiva di obiettivi tesi ad incoraggiare gli investimenti nel settore della ricerca ed assicurare il buon funzionamento del mercato interno, l'idea che lo sfruttamento del materiale biologico di origine umana debba compiersi nel rispetto dei diritti fondamentali, ed in particolare, della dignità umana.

A garanzia della dignità ed integrità dell'uomo - principi sanciti nell'art. F paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea, nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, da cui si evince l'esclusione di ogni possibilità di pregiudizio - la nozione di "embrione umano" va intesa in senso ampio, allargato, afferma la Corte, e dunque riferibile non solo all'ovulo umano fecondato, ma anche all'ovulo non fecondato in cui è impiantato il nucleo di una cellula umana matura ovvero indotto a dividersi e svilupparsi tramite partenogenesi. Questo perché, argomenta la Corte, anche se tali organismi non sono stati oggetto di fecondazione, gli stessi "*per effetto della tecnica utilizzata per ottenerli, sono tali da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano come l'embrione creato mediante fecondazione di un ovulo*".

Per quanto attiene alle cellule staminali ricavate da embrione umano allo stadio di blastocisti, la Corte ha ritenuto che sarà il giudice nazionale, chiamato di volta in volta a conoscere la questione, a stabilire, in base agli sviluppi della scienza, se esse possano essere considerate idonee a dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano, e dunque, se vadano incluse nella nozione di embrione ex art. 6 della direttiva.

Per quanto concerne la seconda questione pregiudiziale su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, ossia il significato dell'utilizzazione a fini industriali e commerciali, la Corte ha premesso che scopo della direttiva non è disciplinare l'utilizzazione di embrioni umani nell'ambito della ricerca scientifica, ma regolamentare la brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, e, a tal fine, ha specificato che il riferimento al "brevetto" implica, *in re ipsa*, lo sfruttamento industriale e commerciale, poiché il brevetto attribuisce al titolare il diritto di vietare ai terzi lo sfruttamento industriale e commerciale dell'invenzione, e dunque diritti relativi ad atti di natura industriale e commerciale. Ragion per cui, ha proseguito, l'utilizzazione di embrioni umani a fini di ricerca, per il solo fatto di divenire oggetto di domanda di brevetto, non può essere disgiunta dal brevetto medesimo e dai diritti da esso derivanti, anche con riguardo alla ricerca scientifica.

Pertanto, conclude sul punto la Corte, il divieto di brevettabilità dell'utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali, di cui all'art. 6, n. 2, lett. c) della direttiva 98/44, comprende anche la ricerca scientifica, eccezion fatta per le finalità terapeutiche o diagnostiche relative all'embrione umano.

Sulla terza questione, infine, relativa all'invenzione che non abbia ad oggetto l'utilizzazione di embrioni umani, ma verta su un prodotto il cui ottenimento ne presupponga la distruzione, la Corte ha statuito il divieto di brevettabilità, in quanto l'attuazione dell'invenzione, implicando la distruzione dell'embrione, si pone in contrasto con i diritti fondamentali della dignità ed integrità dell'uomo, e, di conseguenza, tale utilizzazione deve parimenti essere considerata vietata.

Al di là delle opposte posizioni e dei contrasti suscitati dalla sentenza *de qua*, taluni punti di essa inducono senz'altro ad una riflessione. La Corte di Giustizia infatti, oltre a chiarire e regolamentare i limiti alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, nella misura in cui interviene nell'individuazione dei caratteri dell'"embrione umano", si confronta con alcuni dei nodi problematici che animano, ormai da tempo, il dibattito dottrinale, quali la disponibilità dell'"umano" al mondo della tecnica, la conseguente ammissibilità di un controllo dell'intero ciclo vivente da parte di quest'ultima, e, infine, nell'ambito della dimensione normativa, l'espansione creativa dell'interpretazione giudiziale.

Innanzitutto, viene confermato il rispetto dei diritti fondamentali, quale nucleo costituzionale identitario dell'Unione e fonte di legittimazione della stessa, nel solco di quanto affermato col Trattato di Amsterdam e sviluppatosi con la Carta di Nizza.

Il riferimento alla dignità - inteso quest'ultimo quale diritto ricompreso nella nomenclatura dei diritti fondamentali, secondo quella categorizzazione, contenuta nella Carta di Nizza, che equipara sul piano giuridico-formale tutti i diritti, senza distinzione di rango, e li raggruppa in sei categorie di valore - viene qui esteso all'embrione, ed in tal stregua, da un lato esprime l'idea perseguita dalla Corte di "mettere al riparo dalla mercatizzazione una sfera intrinsecamente indecidibile"¹, con chiaro riferimento all'idea kantiana dell'"uomo come fine", dall'altro, tuttavia, pone in luce un complesso processo di mutamento della concezione stessa dei diritti. In merito a quest'ultimo punto, sembrerebbe emergere una crisi dell'intima connessione tra diritto ed affermazione dei poteri democratici che ne garantiscono effettività e salvaguardia, quasi venisse in discussione la garanzia dei diritti come "assetto istituzionale nel quale i titolari dei diritti sono compartecipi di quel potere politico che dei diritti è il potenziale fattore di rischio"².

La sentenza, inoltre, nel definire la sussistenza di diritti non disponibili poiché collegati a valori non negoziabili, ossia, nel caso di specie, all'intangibilità del bene-vita, e nel delineare, in tal modo, il confine invalicabile alle possibili ingerenze del "mercato", non riesce a evitare di affidarsi, per configurare la nozione di "embrione umano" e proteggere la dignità di questo, ad elementi estranei al diritto, permeandosi di quelle "interferenze" variabili e mutevoli, rappresentate dall'evoluzione tecno - scientifica e dalla decisione giudiziaria.

Tale approccio "strategico" - di tipo non fondazionista, non paradigmatico³ - seguito dalla Corte, conduce, si ritiene, alle medesime aporie presenti nella materia del fine-vita, riscontrate nel drammatico Caso Englaro, e successivamente, sempre con riguardo alla esperienza italiana, nel dibattito sulle "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento" (Proposta di legge Senato della Repubblica 2350 approvata il 26.03.2009 - Disegno di legge "unificato" Senato della Repubblica Relatore Calabrò del 27.01.2009). In entrambi i casi, infatti, la necessità di

¹ A. Cantaro, *Europa Sovrana, La Costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Ed. Dedalo, 2003, p. 111.

² A. Cantaro, cit., p. 100.

³ Per l'uso di queste categorie, cfr. M. Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino 2000.

tenersi aperti all'evoluzione del sapere tecno-scientifico, fa sì che l'“ultima parola” in caso di contrasti spetti sempre e comunque all'autorità giudiziaria, sicché il problema del nascere, come del resto, *mutatis mutandiis*, quello del morire, vengono infine esauriti nel potere di decidere⁴.

La sentenza *de qua*, per assicurare la garanzia del diritto, e segnatamente l'inclusione nella nozione di “embrione umano” delle cellule staminali nello stadio di blastocisti, “risolve” la questione demandando al giudice nazionale il compito di effettuare tale inclusione, e ciò in considerazione degli sviluppi della scienza.

Orbene, con tale statuizione, la Corte si rimette al giudice nazionale del caso concreto, designato *hic et nunc* a conoscere la controversia, e a decidere alla stregua dell'evoluzione scientifica se vi siano le condizioni per la sussistenza dell'embrione umano; in definitiva, si affida ancora una volta alla signoria del giudice chiamato ad adeguare la norma, a plasmarla nell'atto concreto della interpretazione contingente.

La decisione fa leva, cioè, sull'atto interpretativo del singolo giudice, cui è affidata la salvaguardia della dignità dell'embrione; questi farà giustizia sulla base delle esigenze di volta in volta emergenti, vincolato nella risoluzione del conflitto dalla obiettività di una tecnica totalmente dispiegata, ed in continua evoluzione, che è in definitiva parametro ultimo ed unico della sua decisione.

Questo approdo al “diritto vivente”, ove l'interprete applica le norme in cui si imbatte riducendo la “violenza originaria” della *lex*⁵, sembra far sì che il giudice nazionale dei sistemi di *civil law* venga a collocarsi sullo stesso piano di un *judge-made law*. Nella cosiddetta “giuridicizzazione del mondo della vita”, che molti intendono oramai come processo totalmente dispiegato ed inarrestabile, l'interprete dovrà dunque districarsi compiendo una faticosa mediazione, uno sforzo di adattamento e combinazione delle categorie giuridiche tradizionali con i dispositivi tecnico-scientifici, per giungere all'annuncio della singola decisione nel suo darsi qui e ora, nella sua singolarità.

Tale attività “adeguatrice”, istantanea e decontestualizzata, attraverso cui il giudice coglierà i tratti distintivi dell'embrione, viene, così, ad essere radicata, in ultima istanza, sul progresso scientifico, declinato in termini fideistici e salvifici, come fondativo del nuovo *nomos* della tecnica, portatrice di una normatività cogente ed oggettiva, semplicemente da applicare.

Tuttavia, questo approccio, caratterizzato dalla singola esegesi che mette insieme *téchne* e vita, e proteso, illusoriamente, a semplificare e sciogliere i nodi problematici che la materia presenta, non riesce ad affrancare la riflessione dalla complessità delle questioni in campo, mantenendo inalterata la profondità di un tema, quale quello qui in rilievo, che il mondo del diritto è chiamato comunque ad affrontare. Permane, cioè, nell'interprete “l'inquietudine del diritto”, la difficoltà di accettare che la complessa storia del diritto, quale è quella che ci è stata tramandata da secoli di cultura giuridica occidentale, venga compendiata “in una dimensione unica e dentro l'univocità di un discorso monologante”⁶, e segnatamente nella totale subordinazione alla potenza della tecnica, che impone il suo scopo, l'accrescimento infinito ed indefinito della capacità di realizzare scopi.

Insomma, la sentenza non si sottrae a una profonda analisi critica, proprio in forza dei principi in essa ribaditi.

⁴ In particolare, si v. C. Sbailò, in *Giustizia e Costituzione, note sulla transizione italiana*, Euno Edizioni, Kore University Press, 2011, laddove l'autore si sofferma sul rapporto problematico tra nuove scoperte scientifiche e mancato adempimento della volontà espressa dal paziente. (cfr. p. 146).

⁵ G. Vattimo, *Fare giustizia del diritto*, in *Annuario Filosofico Europeo, Diritto Giustizia e Interpretazione*, a cura di Jaques Derrida e Gianni Vattimo, Laterza 1998, p. 275 e ss.

⁶ E. Resta, *Il paradosso dei limiti superabili*, in AA. VV., *Nuove Frontiere del diritto, Dialoghi su giustizia e verità*, Ed. Dedalo 2001, p. 44.

Essa, infatti, prende le mosse dalla volontà di sottrarre al “mercato” significative aree dell’esperienza umana; tuttavia, rimuovendo l’inquietudine e la complessità proprie del diritto, rischia di aprire inquietanti scenari, nei quali lo scarto tra l’uomo e la sfera del meramente naturale, così come la tensione verso l’alterità vengono totalmente eliminati, ed in cui può giungersi a qualsiasi applicazione tecnologica sulla materia della vita.

È possibile affidare la risposta alla questione della dignità degli embrioni ad un giudice ed alla sua decisione vincolante, che plasma il caso della vita da decidere, agendo nella casualità dell’attimo e nell’operare di meccanismi tecnico-scientifici, senza assumerne anche le conseguenze, e senza considerare, altresì, come si è osservato, che scienza e tecnica non sono più in grado di raggiungere in alcun campo una verità assoluta, avendo perduto il carattere della certezza, e declinati esclusivamente in termini di affidabilità⁷?

La sentenza, da questa angolatura, presenta un ulteriore elemento di criticità: il fine perseguito dalla Corte, ovvero sia il conferire alla nozione di embrione un senso unitario, sottratto alla discrezionalità degli Stati membri, non sembra raggiunto, ed anzi la nozione di embrione viene ancor più frantumata nelle decisioni dei singoli giudici dei singoli Stati nazionali.

Sono questi, come sopra accennato, gli stessi dilemmi e le stesse ambiguità della materia del *fine-vita*, che mostrano, in ultima istanza, le difficoltà del legislatore nell’affrontare le sempre più numerose e complesse questioni che si trovano al “confine del diritto”⁸.

* Dottore di ricerca in “Profili di cittadinanza nella costruzione dell’Europa” – Facoltà di Scienze Politiche Università di Catania, Cultore della materia di Diritto pubblico comparato Facoltà di Giurisprudenza Università Kore di Enna)

⁷ V. C. Casonato, *Fine vita: il diritto che c’è*, in Forum Quaderni Costituzionali, 19.12.2008.

⁸ Per una recente panoramica su queste problematiche, cfr. A. Barbera, *Il cammino della laicità*, in *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bononia University Press, Bologna, 2007; Id., *Laicità come metodo*, Alma Mater Studiorum Università di Bologna /Pontificium Consilium de Cultura, “Il Cortile dei gentili”, Sabato 12 febbraio 2011, testo provvisorio, in corso di pubblicazione, www.landino.it