

La sentenza *Brüstle* sugli embrioni: molti pregi e... altrettanti difetti

di Antonino Spadaro
(3 maggio 2012)

Com'è noto, con la sentenza del 18 ottobre 2011 – *Brüstle versus Greenpeace* – la Corte di giustizia europea in sintesi <<esclude la brevettabilità di un'invenzione qualora essa [...] richieda la previa distruzione di embrioni umani o la loro utilizzazione come materiale di partenza>> (n. 3 disp.). In breve, essa si limita a dire che non si possono fare *brevetti* a fini commerciali e industriali su invenzioni biotecnologiche che comportino distruzioni di embrioni umani, ma – n.b. – non che non si possano *usare* (e quindi, inevitabilmente, distruggere) embrioni umani esistenti a fini scientifici, terapeutici e diagnostici. Limitandosi a colpire solo i profili industriali/commerciali, ma non escludendo il ricorso a cellule staminali embrionali per la ricerca volta a curare gravi malattie, in astratto sembra un'ottima decisione. In realtà essa presenta – come si vedrà – diversi aspetti problematici. Più in dettaglio, la Corte dichiara, con una formula straordinariamente estensiva, che «costituisce un “embrione umano” qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi» (n. 1 disp.). Tuttavia, ammette anche la possibilità:

a) implicitamente dell'uso di embrioni ai fini della semplice ricerca scientifica, escludendone solo il *brevetto* (n. 2 disp.);

b) esplicitamente di un brevetto in materia di embrioni umani, purché relativo a <<invenzioni a finalità *terapeutiche o diagnostiche* che si applicano e che sono utili all'embrione umano>> stesso (nn. 6 e 44 mot., ma già n. 42 preamb. Dir. 98/44/CE);

c) che i giudici nazionali (non il legislatore) decidano <<in considerazione degli sviluppi della scienza, se una cellula staminale ricavata da embrione umano nello stato di blastocisti costituisca un “embrione umano”>> (n. 1 disp.), ossia se tali cellule siano in grado di <<dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano e di conseguenza rientrano nella nozione di “embrione umano”>> (n. 37 mot.).

In merito, è possibile muovere almeno tre obiezioni:

- 1) la presente sentenza della Corte del Lussemburgo pretende di imporre una nozione di embrione umano amplissima, in netto contrasto con una precedente sentenza della Corte di Strasburgo (CEDU, *Evans v. UK*, n. 6339/05, 7 marzo 2006), in cui la Corte EDU – constatando l'assenza di consenso sulla definizione scientifica e legale dell'embrione umano – afferma che questa è materia sulla quale occorre riconoscere agli Stati margini di autonomia legislativa (c.d. margine di apprezzamento/discrezionalità nazionale);
- 2) è difficile comprendere il senso dell'attribuzione ai giudici nazionali di un margine di potere interpretativo, potendo stabilire se <<allo stato delle conoscenze scientifiche, il prelievo di una cellula staminale su un embrione umano nello stato di blastocisti comporta la distruzione dell'embrione>> (n. 1 disp.), visto che la Corte di giustizia ha *già* affermato nella stessa sentenza che <<dalle osservazioni sottoposte alla Corte emerge che il prelievo di una cellula staminale su un embrione umano nello stadio di blastocisti comporta la distruzione dell'embrione>> (n. 48 disp.);
- 3) in realtà non è mai stata in discussione, perché mai è stata prevista, la possibilità di concedere brevetti su embrioni umani e neppure – n.b. – su *cellule staminali totipotenti*. Infatti il brevetto richiesto da Brüstle (come tutti i brevetti concessi in Gran Bretagna, in Svezia e nel resto del mondo) riguarda *cellule staminali*

pluripotenti e, per consenso pressoché unanime (anche dello stesso avv. gen. Y. Bot), si ritiene che tali cellule mancano della capacità di dare l'avvio al processo di sviluppo di un essere umano. Non sono dunque qualificabili come embrioni (cfr. D. Neri, *Embrioni e brevetti: a proposito della sentenza della Corte europea di giustizia sul caso Brüstle*, in *Bioetica. Riv. interdisc.*, n.4/2012).

In ogni caso la Corte, come Bot, ritengono che “anche” le invenzioni su semplici cellule staminali pluripotenti devono essere escluse dalla brevettabilità. Perché? In sintesi, perché è impossibile ottenere linee di cellule staminali embrionali senza che, all'inizio della procedura, sia stato fatto un uso distruttivo dell'embrione. Tuttavia, partendo da questo presupposto – in astratto nobilissimo ma in concreto, per com'è formulato, inutilmente rigido – è difficile non cadere in pesanti contraddizioni e sottrarsi ad almeno un paio di interrogativi:

- 1) nelle ipotesi *a)* e *b)* prima indicate e ammesse dalla Corte – fini di ricerca scientifica (senza brevetto) e fini terapeutici/diagnostici a favore dell'embrione (con brevetto) – all'inizio viene necessariamente distrutto o danneggiato un embrione umano. Com'è possibile che in questi casi la cosa sia ammessa e sia esclusa invece negli altri casi (uso degli embrioni a fini commerciali/industriali)? L'assenza di scopi commerciali/industriali (brevetto) è in grado, da sola, di cancellare il principio di *dignità umana* dell'embrione? La dignità è un principio “variabile”, “a fisarmonica”?
- 2) Come si fa distinguere una ricerca a finalità *scientifica* (per la quale il brevetto è escluso) da una ricerca a finalità *terapeutica* o *diagnostica* (per la quale il brevetto è ammesso)? Del resto, non è forse vero che, se non tutte, quasi tutte le ricerche *scientifiche* non valgono in sé, ma in questo campo hanno proprio una finalità *terapeutica* e *diagnostica*?

A queste domande, legittime e non eludibili, si aggiunge quel che, a mio parere, costituisce il vero problema, specialmente in Italia: l'esistenza di tanti embrioni non adottabili e non utilizzabili (c.d. soprannumerari).

Premesso che appare certo condivisibile l'idea che non si *creino* nuovi embrioni, sembra che – soprattutto da quando la Corte costituzionale ha tolto il limite massimo di 3 embrioni da impiantare per ogni ciclo di fecondazione (sent. n. 151/2009) – gli embrioni crio-congelati disponibili si siano moltiplicati. Pare che, al momento, solo in Italia ci siano circa 20.000 embrioni crio-congelati, che non possono essere utilizzati per la ricerca scientifica visto il divieto posto dalla l. n. 40 del 2004 (almeno, ipocritamente, nel caso di embrioni *italiani*). Dal mio punto di vista, è senz'altro auspicabile che se ne promuova l'adozione, ma si tratta di un cammino molto impervio e difficile. Gli embrioni, dunque, sono destinati ad essere o dati in adozione, per essere impiantati in uteri (ed è caso straordinario), o conservati sino alla morte (ed è l'ipotesi ordinaria). È lecito chiedersi: perché questo *spreco* terribile di embrioni c.d. soprannumerari? Non è ragionevole pensare che – senza crearne nuovi – tutti gli embrioni non adottati, ma abbandonati, semplicemente crioconservati e destinati ad essere “buttati nella spazzatura”, possano invece essere utilizzati per la ricerca scientifica legata a finalità terapeutiche e diagnostiche (si pensi, nel caso Brüstle, alle malattie neurologiche e al morbo di Parkinson), s'intende *senza brevetti* ma pur sempre a fini buoni? L'uso a fini etero-centrici – non di astratta ricerca, ma per contribuire a curare gravi malattie – degli embrioni abbandonati non potrebbe costituire una forma di carità, una sorta di *diritto compassionevole*? Per quanto si tratti di situazioni diverse, perché possiamo fare trapianti di organi umani tra persone in vita e usare parti del corpo umano di persone appena morte (per es. le cornee) e non possiamo ammettere che embrioni *sicuramente destinati alla morte* non possano essere usati allo scopo della ricerca per curare gravi malattie?

In conclusione, a mio parere la principale questione non è, come piuttosto superficialmente si ritiene, quella di ammettere o meno l'uso, per qualsiasi fine, di cellule

staminali totipotenti – cosa da sempre e praticamente da tutti esclusa – ma quella, ben diversa, se ammettere che embrioni crio-congelati esistenti, non adottabili e destinati comunque a non essere utilizzati in alcun modo, possano – invece che finire “nella spazzatura” – essere o meno fruiti per la ricerca scientifica e se la produzione, da essi, di semplici cellule staminali pluripotenti (che non sono e non possono mai diventare embrioni) possa essere oggetto di brevetto a fini industriali e commerciali. In questo senso, sembra che la Corte del Lussemburgo, piuttosto che ispirarsi al “principio di precauzione”, abbia peccato di “eccesso di precauzione”. Insomma – di fronte ad alcuni recenti *eccessi* opposti [A.Giubilini e F.Minerva: sì all’aborto post-natale, in *Journal of Medical Ethics* 2012; programma *Esnats*: no a cavie animali, sì a cavie embrionali] – anche questa sentenza appare come una reazione... *eccessiva*.

Probabilmente il grande messaggio giuridico e politico della sentenza è – almeno a mio avviso – che occorre superare il livello “privatistico” dei brevetti, ossia la finalità meramente commerciale/industriale della ricerca nel delicatissimo campo della bioetica. Campo in cui, però e paradossalmente, proprio *in assenza di brevetti* sembra che purtroppo siano destinati inesorabilmente ad esaurirsi i finanziamenti. Occorre, dunque, immaginare un intervento e un finanziamento *pubblico* della ricerca – a livello europeo e mondiale (Oms) – che favorisca un rigoroso controllo in merito, impedendo la creazione di nuovi embrioni e un uso indiscriminato degli stessi, ma evitando pure un inutile spreco degli embrioni soprannumerari esistenti non adottabili.