

Milano, settembre 2009

Carissima Silvia,

Rispondo volentieri alla tua lettera nella quale mi chiedi se puoi importare in Italia dall'estero cellule staminali di origine embrionale umana a scopo di ricerca nel tuo laboratorio, e sulla base di quale norma di legge.

La risposta è, senza alcun dubbio, positiva (puoi farlo!) e la norma sulla base della quale puoi farlo, se mi consenti l'apparente ossimoro, è *l'assenza di una norma* che lo vieti esplicitamente e legittimamente.

Ti chiedo solo di seguirmi con pazienza in un piccolo meandro giuridico (d'altra parte anche i vostri meandri scientifici non sono per noi meno facili da percorrere!). Cercare la norma che ti autorizzi esplicitamente a fare quello che tu vuoi fare sarebbe come cercare la norma che ti autorizza ad andare in edicola a comprare un giornale o quella che ti dà il diritto a prendere un gelato alla vaniglia, secondo il celebre paradosso di Ronald Dworkin.

Norme di questo genere non esistono per il semplice motivo che vi sono norme più ampie, più generali e alte (e sono le norme costituzionali), che nelle nostre società libere stabiliscono che la libertà sia la regola e le limitazioni l'eccezione. L'effetto di una tale impostazione liberale è che sono i limiti a dovere essere posti in norme esplicite e giustificati rigorosamente (per essere costituzionalmente legittimi), mentre l'esercizio delle libertà non richiede niente di tutto questo: è libertà, per l'appunto. Così, tornando al nostro esempio del recarsi in edicola, saranno le norme sulla libertà di circolazione (art. 16 Costituzione), sulla libertà di informazione (art. 21 Costituzione) e la fondamentale libertà personale (art. 13 Costituzione), che accompagnano il tuo inconsapevole (giuridicamente) percorso da casa all'edicola. Alla stessa stregua ha ragione Dworkin, quando dice che, in termini astratti, non si può parlare di un diritto al gelato alla vaniglia, ma secondo la stessa logica, ovemai un legislatore bislacco intendesse vietare i gelati alla vaniglia, sarebbero invocabili tutti i diritti e le libertà costituzionali, e quella legge sarebbe dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale.

Nel tuo caso entra in gioco la *libertà di ricerca scientifica*. In questi anni, in cui per svariati motivi la scienza ha preso a essere guardata con sospetto (specie in Italia), si è perso di vista (e per la verità vi è stato un calo di consapevolezza anche da parte di voi scienziati) che l'attività scientifica è, per definizione, libera, che rappresenta una estrinsecazione della fondamentale libertà di pensiero e di parola e che rappresenta una delle imprese umane di maggiore valore e importanza.

L'idea di libertà è talmente coesistente a quella di scienza che Paolo Treves, uno dei padri costituenti, alla riunione del 27 aprile 1947 dell'Assemblea, così si esprime a proposito del contesto storico:

“Io credo di avere compreso lo spirito che ha animato la Commissione nel redigere il primo comma di questo articolo [le arti e la scienza sono libere, ndr], spirito di reazione alla situazione in cui si sono trovate, l'arte e la scienza in un passato recente, quando in

realtà poco restava di arte e di scienza, e queste eccelse attività dello spirito erano degradate a una inferiore forma di propaganda”.

E, quanto alla opportunità di uno specifico articolo che riconosca la scienza e l’arte come attività libere, così giustifica la sua opinione contraria:

“Ma l’arte e la scienza sono la libertà medesima, sono libere per definizione. Non può esservi scienza, se la scienza non è libera in tutte le sue forme ed esplicazioni; ugualmente si dica dell’arte; e mi sembra, signori, che l’arte e la scienza si deprimano e si umilino garantendo in qualche forma sulla carta la loro libertà, quando la libertà dell’arte e della scienza sono insite e connaturate alla loro stessa esistenza, poiché altrimenti non esistono né arte né scienza degne di tal nome”.

Questo background è tuttora valido e non è contraddetto dalla scelta della Costituzione italiana (e delle altre Costituzioni europee dell’immediato secondo dopoguerra) di inserire norme che riconoscono la libertà dell’arte e della scienza (si veda in particolare quella tedesca). Tali inserimenti si giustificano proprio come reazione politica alle aberrazioni alle quali era giunta la scienza di Stato nell’esperienza precedente.

Tutto questo non vuol dire che voi scienziati, in nome della libertà di ricerca, possiate fare qualsiasi cosa. Vale anche per voi il limite fondamentale di non arrecare pregiudizio diretto a terzi e la necessità di bilanciamento con altri diritti e libertà.

Il termine che entra in gioco più spesso, a proposito delle scienze biologiche, nel bilanciamento con la libertà di ricerca scientifica, è quello della *dignità umana*. Tale principio è previsto anche dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, che all’articolo 13 stabilisce che *“Le arti e la ricerca scientifica sono libere da limitazioni”*. Nelle note esplicative del *Presidium*, alle quali viene riconosciuto il valore di spiegazione ufficiale “autentica” dell’intera Carta, si dice che *“questo diritto è dedotto primariamente dalla libertà di espressione e di pensiero”* e che *“andrà esercitato avendo riguardo all’articolo 1 della Carta dei Diritti [...]”*. Se si risale all’articolo 1 si scopre che esso è interamente dedicato alla dignità umana e stabilisce che *“La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e protetta”*. L’origine di questa previsione è notoriamente rinvenibile nell’articolo 1 della Costituzione tedesca, che stabilisce che *“La dignità umana è inviolabile. Rispettarla e proteggerla è un dovere di tutte le autorità statali”*, e che ha, a sua volta, una ragione storica nel clima politico e culturale della Germania appena uscita dalla terribile esperienza del Nazismo [su questo punto consentimi di fare riferimento al mio lavoro Santosuosso et al., *What constitutional protection for freedom of scientific research?* J Med Ethics. 2007; 33: 342-344].

Le limitazioni che la legge italiana vigente (Legge n.40/2004) pone sono tra le più strette e rigorose (proibizioniste?) che esistano al mondo, ma nessuna di queste riguarda l’attività che tu intendi svolgere.

In particolare l’articolo 13 della legge, nel dettare le misure a tutela degli embrioni umani nell’ambito della ricerca,

- vieta qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano;
- stabilisce che la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano sia consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e

diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative;

- vieta comunque
 - “a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;
 - b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;
 - c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;
 - d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere”.

Nessuno di questi divieti riguarda la tua attività dal momento che:

- a. la tua ricerca NON E' su embrioni, MA E' su cellule staminali di origine embrionale, estratte fuori dal territorio italiano da embrioni non creati per finalità di ricerca, ma sovrannumerari in centri di fecondazione assistita e donati alla ricerca;
- b. la tua ricerca NON altera il patrimonio genetico di alcun embrione o gamete;
- c. NON effettui alcun tipo di clonazione;
- d. NON produci ibridi o chimere.

Inutile dire che il punto cruciale è quello sub a., e cioè la distinzione tra cellule staminali totipotenti (susceptibili di sviluppo embrionale se impiantate in un utero) e cellule staminali pluripotenti, che, pur derivate da un embrione, non hanno questa capacità e costituiscono quindi soltanto materiale biologico di origine umana, ma non un embrione. Per questa distinzione, che mi vergogno un po' di fare a una scienziata come te, ma che è decisiva per le conseguenze etiche e giuridiche, mi rifaccio da anni alla distinzione operata dalle autorevoli Guidelines dei NIH (USA):

"human pluripotent stem cells are cells that are self-replicating, are derived from human embryos or human fetal tissue, and are known to develop into cells and tissues of the three primary germ layers. Although human pluripotent stem cells may be derived from embryos or fetal tissue, such stem cells are not themselves embryos" [fonte: National Institutes of Health Guidelines for Research Using Human Pluripotent Stem Cells, November 21, 2000, presso <http://stemcells.nih.gov/news/newsArchives/stemcellguidelines.asp>, visitato l'ultima volta il 23 agosto 2009] .

Le cellule di cui mi hai chiesto sono indiscutibilmente *pluripotenti* e, come tali, del tutto estranee ai divieti dell'art.13 della Legge n.40. Non voglio annoiarti oltre e per una dettagliata analisi di diritto penale, che esclude qualsiasi configurabilità di illecito penale da parte del ricercatore italiano che lavori su cellule staminali embrionali importate dall'estero, ti rinvio al lavoro di un autorevole penalista, il Prof. Emilio Dolcini dell'Università degli Studi di Milano (E. Dolcini, Fecondazione assistita e diritto penale,

Giuffrè Editore, Milano 2008, in particolare le pagine 143 e ss.). Personalmente mi preme solo sottolineare che nel diritto penale non possono esistere “divieti penali impliciti”, in quanto sarebbero in violazione del principio di legalità enunciato dalla Costituzione all’articolo 25 (“nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”) e dall’art.1 del Codice penale (“nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato”). Nessun divieto può perciò essere tratto da una presunta ispirazione della legge n.40, se non espressamente previsto.

In conclusione, mi scuso con te per alcune asperità del ragionamento giuridico, ma era inevitabile.

Con tutta tranquillità ti confermo che la tua attività non è vietata da alcuna norma di legge e, soprattutto (così si risolve l’apparente ossimoro iniziale), che sei autorizzata a svolgerla sotto la protezione costituzionale degli articoli 33 e 9 della Costituzione italiana e dell’articolo 13 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea.

Sono a disposizione tua e di chi tu riterrai per qualsiasi chiarimento e approfondimento.

Con la stima e l’affetto di sempre
Tuo
Amedeo Santosuosso