

L'Europa e i problemi dell'Occidente

Aspetti etici, questioni politico-giuridiche,
ricadute sociali ed economiche

a cura di

GIOVANNI CORDINI



Edizioni Scientifiche Italiane

subjecti, in solipsismo giuridico»⁵²: ogni «soggetto» si sceglie, per sé, il contenuto del «suo» diritto soggettivo.

Dunque – ecco il punto – la *post-modernità* esclude, sotto questo rispetto, anche lo stesso problema della legalità sostanziale, residuando solo quella formale inerente alla suddivisione degli spazi intersoggettivi. Il problema della legalità, infatti, non si pone e non può porsi laddove il pubblico ceda al privato, oltretutto laddove, per mezzo della legge, s'individuino quegli spazi di libertà negativa cui anela il liberalismo e i quali pretendono surrogare il diritto e i diritti, anzi, di dare loro un contenuto.

PATRIZIA MACCHIA

LA TUTELA DEI «NUOVI» DIRITTI IL SILENZIO DEL LEGISLATORE, LE DECISIONI DELLA GIURISPRUDENZA, I PARERI DELLA BIOETICA

1. I «nuovi diritti» tra società e legislazione

Da sempre si è abituati ai cambiamenti, ma quelli degli ultimi decenni sono stati tanti, veloci e neppure immaginabili anche solo verso la fine del secolo scorso, a tal punto da imporre la necessità di rivedere le categorie giuridiche tradizionali ed a prospettare l'esistenza di «nuovi diritti» (o nuove pretese).

Si intende far riferimento a quelle questioni sorte dalla relazione tra diritto, bioetica e scienze della vita, con particolare attinenza agli sviluppi della scienza clinica dell'ultimo periodo. Si parla di tematiche che vanno ad incidere sulla relazione medico/paziente, sulla necessità o meno del riconoscimento dell'obiezione di coscienza in presenza di particolari interventi clinici, quali la fecondazione assistita, l'interruzione volontaria di gravidanza, la richiesta di morte medicalmente assistita; in altre situazioni è la stessa ammissibilità dell'intervento ad essere messa in dubbio, come nel caso della maternità surrogata. Questioni tutte che, nella tradizione anglosassone, vengono raggruppate nell'ambito del c.d. *medical law*.

Dunque, l'inizio, la fine e la durata della vita umana finiscono per risultare sempre meno eventi naturali e sempre maggiormente dipendenti dal progresso delle scienze biomediche. E il dibattito si alimenta non solo in ambito giuridico, politico, nei mezzi d'informazione e di divulgazione, ma diventa accesa contrapposizione anche nel linguaggio della vita quotidiana.

Di fronte a questo processo evolutivo ed alla sua ampia risonanza, soprattutto in ambito sociale, non poteva non emergere la necessità di norme codificate. Ma dinanzi a tensioni antagoniste, il legislatore si è spesso dimostrato incapace di provvedere¹, oppure è intervenuto con leggi etica-

¹ Un esempio in tal senso è il disegno di legge tuttora in Parlamento riguardo alla morte medicalmente assistita, nonostante risalga al 1984 la prima proposta e siano ormai trascorsi più di quattro anni dalla sentenza n. 242/2019, con la quale la Corte costituzionale Corte Costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non escludeva la

⁵² N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 139.

mente orientate, che esprimono i valori in cui si riconosce la maggioranza che le ha approvate, ma che risultano fortemente in urto con gran parte del corpo sociale, il quale non li condivide e fa ricorso ai giudici, chiedendo il riconoscimento dei « nuovi diritti ».

Il tema dei « nuovi diritti » aveva trovato rilievo già nell'opera di Stefano Rodotà, che, sul finire dello scorso millennio, parlava di sfide poste dalle innovazioni tecnologiche ai « vecchi diritti », evidenziando un cambiamento, non solo nei modelli di organizzazione sociale e nella vita degli individui, ma anche nel quadro istituzionale².

2. *L'aiuto medico a morire e la previsione normativa dell'obiezione di coscienza*

La recente notizia della conclusione dell'iter giudiziario presso il Tribunale di Trieste, che ha posto a carico del SSN la procedura di accesso alla morte medicalmente assistita di una paziente affetta da sclerosi multipla progressiva³, ha riaperto i riflettori su questa prestazione sanitaria, per ora non ancora compresa nei livelli essenziali di assistenza (LEA) a causa della mancata approvazione della legge statale.

A tal riguardo, parrebbe opportuna una prima riflessione sull'asserzione della indisponibilità della vita alla luce dell'attuale contesto clinico e sociale.

È indubbio che lo sviluppo della medicina ed il miglioramento dell'assistenza sanitaria abbiano inciso positivamente sull'andamento delle patologie in genere; ma è anche vero che, per coloro che sono affetti da patologie cronicodegenerative, da esiti di patologie acute o da politramatismi, si sia venuto a creare un lento e doloroso percorso di terminalità, di cristallizzazione di malattie e disabilità gravissime. Per costoro, in sostanza, l'essere in vita significa trovarsi in una situazione di estrema sofferenza, tra una

precedente condizione di salute non più recuperabile ed un fine vita spesso a tempo indeterminato, con l'impossibilità di giungere ad una morte naturale, che sarebbe probabile senza l'intervento clinico.

In queste condizioni, e sia pur solo per una minima parte di questi soggetti, la percezione è che si sia operata un'irrimediabile separazione tra la vita biologica e la vita biografica, considerando esaurita la seconda rispetto ad una vita biologica costretta ad una indeterminata terminalità. Ne può risultare una sopravvivenza intollerabile, tale da indurre alla richiesta di riallineare i due percorsi di vita, reclamando il diritto di poter porre fine anche alla vita biologica⁴.

Si tratta, come si è detto, della richiesta proveniente da una sia pur minima percentuale di malati, ai quali, tuttavia, i sostenitori del paradigma della indisponibilità della vita propongono il solo utilizzo delle cure palliative. È certo vero che le cure palliative possono diminuire la domanda di accesso alla morte medicalmente assistita, ma non pare possano comunque annullare la domanda di coloro che vivono in quell'area infernale insopportabile, sospesa tra la vita e la morte, affetti da sofferenze psico-fisiche non più trattabili neppure con le cure palliative⁵.

In effetti, come previsto dalla legge n. 219/2017, nei momenti di fragilità e sofferenza e nel rispetto della dignità della persona e della sua capacità di autodeterminazione, l'ordinamento riconosce al soggetto la facoltà di rinunciare alle cure⁶, anche se tale rinuncia può portare alla morte. Diversamente, in situazioni di estrema gravità e sofferenza (nei casi cioè di morte medicalmente assistita) si andrebbe ancora a discutere sul compito dell'ordinamento di proteggere un bene giuridico (la sola vita biologica) anche contro la volontà del paziente ed in assenza della lesione dei diritti

⁴ Così L. Orsi, *Disponibilità/indisponibilità della vita*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, pp. 63-64.

⁵ D'altra parte, è la stessa Corte costituzionale, con la sent. n. 242/2019, che ha definito possibile concludere la propria esistenza in presenza di determinate condizioni (persona capace di autodeterminarsi, presenza di una patologia irreversibile, sofferenze fisiche e psicologiche che la persona reputi intollerabili, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale).

⁶ Art. 1 c.5 legge n. 219/2017 «Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte... qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso... Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici».

In un'ottica diametralmente opposta è il recente disegno di legge n. 1083 del marzo scorso «Modifiche all'art. 580 del c.p. e modifiche alla legge 22 dicembre n. 219 in materia di disposizioni anticipate di trattamento e prestazione delle cure palliative», il cui art. 2 prevede di escludere l'idratazione e l'alimentazione, pure se garantite attraverso ausili tecnici, dalla categoria dei trattamenti sanitari.

punità di chi avesse agevolato l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi (nel caso di persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputi intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli).

² «Così, le tecnologie sfidano i vecchi diritti e ne esigono impetuosamente di nuovi...» S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 15.

³ «Anna» (nome utilizzato per rispettare la privacy della paziente) è stata la prima persona ad aver completato la procedura prevista dalla sent. n. 242/2019 della Corte costituzionale con l'assistenza del SSN a seguito dell'ordinanza cautelare pronunciata dal Tribunale di Trieste, il 4 luglio 2023. Il farmaco e la strumentazione sono stati forniti dall'ASL e un medico individuato dall'azienda sanitaria ha provveduto a supportare l'azione richiesta senza intervenire direttamente nella somministrazione del farmaco, azione che è rimasta di esclusiva spettanza di «Anna».

di terzi. A differenza delle fattispecie previste dalla legge n. 219/2017 sopra menzionata, in quest'ultimo caso, si farebbe prevalere il comportamento eticamente corretto imposto dallo Stato, rispetto a ciò che appare conforme alle convinzioni del malato.

Ma in un contesto simile, come si è osservato, l'ordinamento non si riterrebbe ad un modello liberaldemocratico, quanto piuttosto organicistico, che non lo porterebbe a distinguersi dallo Stato etico hegeliano e gentiliano. Ed ancora, si evidenzia che il costituzionalismo del secondo dopoguerra si pone in rotta di collisione con una simile visione, dal momento che il bilanciamento eteronomo di diritti appartenenti ad uno stesso individuo, capace di intendere e di volere, costituisce un retaggio dello Stato etico, in quanto i diritti non sono disponibili per gentile concessione dello Stato, ma lo sono, per così dire, ontologicamente⁷.

Una seconda riflessione, collegata al diritto (o pretesa) di comprendere la morte medicalmente assistita nell'ambito dei LEA, concerne l'inserimento, nella disciplina legislativa, della previsione dell'«obiezione di coscienza» per personale sanitario. Si tratta di quella formula già prevista per l'interruzione volontaria di gravidanza dalla legge n. 194/1978, come anche per la procreazione medicalmente assistita dalla più volte modificata legge n. 40/2004, un istituto proveniente dall'ordinamento militare e che, in ambito sanitario, è andato logorandosi nel tempo ed è stato più volte travisato⁸.

Dunque, la formula dell'obiezione di coscienza, in sanità, potrebbe venir superata dalla «scelta di coscienza», nella considerazione che la logica dell'«obiezione di coscienza» risiede nel rifiuto categorico di una prestazione prevista dalla legge, mentre la logica della « scelta di coscienza»

consiste, invece, nella disponibilità a considerare la norma alla luce della richiesta del paziente e, successivamente, nel valutare la possibilità di darne attuazione nel caso concreto⁹. E questo agire potrebbe portare l'operatore sanitario, non solo a cogliere gli aspetti tecnico-organizzativi della procedura, ma anche a esaminare con coscienza il caso concreto ed, eventualmente, a metter in discussione le proprie convinzioni personali, in genere aprioristicamente orientate a non accogliere la decisione di una persona consapevole di voler porre fine ad un'esistenza supportata clinicamente, non più dignitosa e causa di sofferenze psico-fisiche non più tollerabili. Una richiesta, in sostanza, di poter ricondurre il fine vita nell'ambito degli eventi naturali dell'esistenza. Senza dimenticare che anche nella richiesta di morte medicalmente assistita si è sempre in presenza di una relazione di cura e fiducia tra medico e paziente, così come ben indicato anche nella legge n. 219/2017: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura»¹⁰.

Un ultimo aspetto riguarda la possibile approvazione, in ambito regionale, di quella disciplina statale sul fine vita che ancora manca, nonostante siano trascorsi più di quattro anni dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019.

Riguardo alla prospettiva di incostituzionalità di un'eventuale normativa regionale, si era espressa, nel novembre dello scorso anno, l'Avvocatura dello Stato, riaffermando che l'approvazione di una legge regionale sul fine vita potrebbe esporsi a rilievi di non conformità al quadro costituzionale di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, in quanto trattasi di materie di competenza esclusiva statale¹¹.

Parte della dottrina ritiene, invece, che sia possibile un intervento legislativo regionale in materia di fine vita, proprio in seguito alla sentenza della Corte costituzionale sopra menzionata¹². Il ragionamento si fonda

⁷ R. D'ANDREA, *Alcune osservazioni sullo stato di avanzamento degli ordinamenti giuridici europei che prevedono l'eutanasia e/o il suicidio assistito*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 4/2022, p. 316

⁸ Al riguardo giova far menzione della decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa che, in riferimento al Reclamo collettivo n. 91 del 2013, ha riconosciuto la violazione degli artt. 11 (*Diritto alla salute*) ed E (*Non discriminazione*) della Carta Sociale Europea. In particolare, il Comitato Europeo ha riconosciuto la violazione del diritto alla salute delle donne (che non riescono ad accedere alle condizioni previste dalla legge n. 194 al trattamento interrutivo di gravidanza) e del principio di non discriminazione (in ragione della discriminazione di ordine economico e territoriale che si determina a seconda delle condizioni personali).

Inoltre, è stata riconosciuta la violazione dei diritti dei medici non obiettori di coscienza rispetto agli artt. 1, comma secondo (*Diritto al lavoro*), e 26, comma secondo (*Diritto alla dignità sul lavoro*) della Carta Sociale Europea. In particolare, con riguardo all'art. 1, c.2 della Carta Sociale Europea, il Comitato Europeo ha riconosciuto che i medici non obiettori di coscienza affrontano un insieme di svantaggi sul posto di lavoro sia diretti sia indiretti, in termini di carriera di lavoro e prospettive di carriera, con riguardo all'art. 26, c. 2 della Carta Sociale Europea, il Comitato Europeo ha riscontrato la sussistenza di molestie di tipo morale subite dai medici non obiettori di coscienza.

⁹ P. BENCIOLO, *Aiuto medico a morire: «obiezione di coscienza» o «scelte in coscienza»*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2023, p. 184.

¹⁰ Art. 1, comma 8 legge n. 219/2017.

¹¹ L'Avvocatura dello Stato aveva motivato il parere, a seguito della richiesta di alcuni Consigli regionali, asserendo che, considerata l'incidenza su aspetti essenziali dell'identità e integrità della persona, la normativa necessita di uniformità di trattamento sul territorio nazionale. Pertanto, a legiferare deve essere lo Stato e non la Regione. L'Avvocatura aveva ricordato, infine, che la stessa sentenza della Corte costituzionale ribadisce la necessità di garantire condizioni di eguaglianza in tutto il Paese, attraverso una legislazione generale dello Stato, basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale <https://www.ilpost.it/wp-content/uploads/2024/01/16/1705404665-Pdl-217-Parere-Avocatura.pdf>.

¹² P.F. BRESCIANI, *Sull'idea di regionalizzare il fine vita. Uno studio su autonomia regionale e prestazioni sanitarie eticamente sensibili*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1/2024.

sulla «tutela della salute» quale competenza concorrente, così come previsto dall'art. 117 c. 3 Cost., e sulla considerazione che la stessa Corte costituzionale, ammettendo la morte medicalmente assistita, ha definito questa una procedura medicalizzata, un trattamento terapeutico¹³. Affinché la Regione possa operare nell'ambito della competenza concorrente, occorre però una legge cornice dello Stato che definisca i principi fondamentali della materia. Considerato che, in mancanza di una legge di principio statale, la legislazione regionale di dettaglio sarebbe condannata all'immobilismo, da tempo viene riconosciuto che tali principi si possano dedurre anche dalla legislazione statale vigente¹⁴. E nel caso del fine vita, prevedendo già la Corte costituzionale i requisiti di accesso al suicidio medicalmente assistito, un intervento da parte delle Regioni, entro questi limiti, potrebbe non considerarsi un'invasione della competenza statale. Sarebbe ipotizzabile, pertanto, affermare che il legislatore regionale possa provvedere con norme di organizzazione, ponendo a carico dell'assistenza sanitaria regionale l'assistenza medica ed i costi del rapporto di cura finalizzato alla morte medicalmente assistita.

3. I diritti riproduttivi

Questa contrapposizione tra diritto e scienza ha radici molto antiche¹⁵ e il difficile dialogo, cui si è fatto cenno, si accresce e può diventare accesa contrapposizione quando si sposta sul nucleo più sensibile del bios, il concepimento di una nuova vita.

Come per la morte medicalmente assistita, anche la procreazione è diventata giuridicamente rilevante nel momento in cui da fatto naturale è assunta a fatto clinico, una procedura cui poter accedere rivendicando il «diritto di procreare artificialmente». Qualora poi, di fronte a questioni di natura etica prima ancora che giuridica, anche in questo caso la disciplina legislativa vigente risulti orientata solo sui valori della maggioranza che l'ha

approvata, gli altri, che questi valori non condividono, ricorrono ai giudici, rivendicando come diritto quella fattispecie che proprio nel progresso clinico trova la sua origine.

Così è stato per la tanto contestata legge n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, che più di ogni altra è stata portata all'attenzione della Corte costituzionale. Per citare solo le più rilevanti pronunce, si può ricordare la sentenza del 2009 che ha eliminato il divieto di produzione di un numero di embrioni non superiore a tre, lasciando spazio ad una delega al medico per la individuazione del numero di embrioni da impiantare, in modo da garantire, al tempo stesso, le esigenze della procreazione, la salute della donna e quella del concepito¹⁶. Ed ancora la sentenza del 2014 che è venuta ad ammettere anche la fecondazione eterologa come strumento utile a realizzare la genitorialità¹⁷. In entrambi i casi il giudice delle leggi ha operato un rinvio alla «riserva di scienza», all'«autonomia e responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»¹⁸.

Tuttavia, benché la giurisprudenza costituzionale abbia realizzato una graduale demolizione dei limiti previsti dalla legge n. 40/2004, è rimasto finora in vigore il divieto della maternità surrogata previsto dall'art. 12 c.6, fattispecie prevista come reato e punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 ad un milione di euro. In sostanza, con la sentenza del 2017 la Consulta ha osservato che la gestazione per conto di altri «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹⁹.

A livello sociale, nel frattempo, si sono affermati nuovi modelli di famiglia, nelle quali il ruolo del genitore non coincide più solamente con un legame di tipo biologico, quanto piuttosto con l'assunzione di responsabilità nei confronti dei figli; e queste nuove situazioni possono trarre origine sia dall'istituto dell'adozione, ma anche, eventualmente, con la procreazione attraverso tecniche artificiali.

Quest'ultima possibilità ha indotto, in particolare le coppie omosessuali, a ricorrere alle tecniche della procreazione medicalmente assistita presso strutture di altri ordinamenti, nei quali il divieto dell'art. 12 c.6 della legge n. 40/2017 non risulti operante. Alla luce di questa nuova realtà, sembrerebbe opportuno avviare una riflessione sull'appropriatezza delle norme sanzionatorie della legge e su una loro possibile revisione. In effetti, il fine principale di una tal disciplina dovrebbe consistere nel sanzionare, ad esem-

¹⁶ Corte cost., sent. n. 151/2009.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 162/2014.

¹⁸ Corte cost., sent. n. 162/2014, cons. dir. 7.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 272/2017 cons. dir. 4.2.

¹³ Corte cost., sent. n. 242 del 2019, cons. dir. 2.4 e 5.

¹⁴ Corte cost. sent. n. 282 del 2002, cons. dir. 4 «...la legislazione regionale concorrente dovrà svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali comunque risultanti dalla legislazione statale già in vigore»; art. 1, c. 3 legge n. 131/2003 « Nelle materie appartenenti alla legislazione concorrente, le Regioni esercitano la potestà legislativa nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o, in difetto, quali desumibili dalle leggi statali vigenti».

¹⁵ P. VERONESI, *La scienza secondo la Costituzione italiana (e le sue applicazioni)*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 3/2021, p. 151; F. ANGELINI, I, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

pio, il possibile sfruttamento economico della madre surrogata, nel tutelare il figlio e la dignità della gestante, garantita da una sua libera e consapevole partecipazione alla gestazione. Altro elemento a favore di una revisione della disciplina attuale è anche la considerazione che il divieto assoluto, sancito nell'art. 12 c 6 della legge n. 40/2017, si è rivelato finora non idoneo ad arrestare o quanto meno limitare la condotta vietata²⁰.

Un contenuto in parte innovativo è comunque già da ravvisare nelle due sentenze della Corte costituzionale del marzo 2021, con le quali la Consulta ha esaminato il diritto al mantenimento della relazione genitoriale dei figli nati mediante il ricorso alle procedure vietate²¹. Nella motivazione della Corte possono essere posti in evidenza due punti: da un lato viene attribuito rilievo costituzionale ai diritti del minore nato con la procreazione medicalmente assistita, sottolineando che sullo stesso non è possibile fare ricadere la responsabilità della condotta illecita utilizzata per la procreazione; dall'altro la violazione del limite indicato nell'art. 5 della legge n. 40/2004²² non viene più configurato come un limite di ordine pubblico interno, dal momento che la sua elusione non evoca scenari in contrasto con principi e valori costituzionali²³. Ulteriore elemento di novità e di rilievo è l'affermazione della Corte sulla doverosità di un intervento legislativo non più procrastinabile, fino ad arrivare a suggerire al legislatore statale l'introduzione di una nuova tipologia di adozione che possa attribuire i diritti dello status filiationis.

4. Il genere e le istanze sociali

Ai nuovi modelli di famiglia che si sono venuti proponendo in ambito sociale, di cui prima si discorreva, parrebbe collegato anche il discorso sul genere. Parlando di identità di genere ci si riferisce alla differenza che intercorre tra le nozioni di «sesso» e di «genere», nel senso che la prima con-

cerne le differenze biologiche tra uomo e donna, mentre la seconda allude ai risvolti sociali di dette differenze; questa nozione intesa nella accezione «neutra», consentirebbe di sottrarsi all'assegnazione a una delle due categorie sessuate convenzionalmente nominate come maschile e femminile, superando quel determinismo biologico rilevato come oppressivo nei confronti delle identità non binarie o considerate non convenzionali²⁴.

La configurazione binaria dei sessi, infatti, non risulta fornire una risposta appropriata per tutti gli esseri umani, vale a dire non pare possibile risolvere semplicemente, secondo il modello binario, le istanze sociali che provengono da coloro che non possono riconoscersi in una rigida bipartizione sesso/genere.

Se dunque si intendesse «il genere» come tratto caratteristico dell'identità personale, si dovrebbe concludere che l'identità di genere rappresenti il «diritto a essere se stessi».

Certo è che il momento della identificazione di genere è forse quello in cui più di ogni altro si manifesta la rilevanza dei corpi per il diritto, e condiziona larga parte delle relazioni giuridiche e sociali²⁵. La stessa Corte costituzionale nel 2017²⁶ ha evidenziato all'interno dell'ordinamento italiano un «diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona (l'art. 2 Cost. e art. 8 CEDU)».

Al riguardo, Judith Butler afferma che non sia possibile assegnare un'identità sulla base del solo sesso biologico, che non esistono due generi, ma diverse possibilità che devono poter includere tutti i soggetti ritenuti anomali dalle norme codificate²⁷; si tratterebbe, per l'esponente del pensiero contemporaneo, di ripensare l'identità di ogni persona come qualcosa che non è possibile ridurre ad alcun modello stereotipato²⁸ al fine di garantire un universale accesso ai diritti.

²⁴ A. LORENZETTI, *Uguaglianza e genere: cenni per un dibattito fra punti fermi e sabbie mobili*, in AA.Vv., *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 205 ss.

²⁵ E. STRADELLA, *Biodiritto e innovazioni tecnico scientifiche. Una riflessione nella prospettiva di genere*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2023, p. 47.

²⁶ Corte cost. sent. 180/2017 cons. dir. 4.2, che riprende quanto già indicato nella sent. 221/2015

²⁷ J. BUTLER, *Questione di genere, Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Bari, Laterza, 2023.

²⁸ A questo riguardo si può far menzione della risoluzione approvata, il 4 aprile scorso, dal Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite sulla «Lotta alla discriminazione, alla violenza e alle pratiche dannose contro le persone interessate». Si tratta della prima risoluzione su questo tema; il testo prevede che tutti gli Stati ONU si adoperino per «combattere la discriminazione, la violenza e le pratiche dannose contro le persone con variazioni innate nelle caratteristiche sessuali e ad affrontarne le cause profonde», come anche ad aiutare le persone interessate «a realizzare il godimento del più alto standard raggiungibile di salute fisica e mentale». A tal fine la risoluzione

²⁰ In Italia non è possibile avere dati certi sul ricorso alla maternità surrogata. In genere le coppie eterosessuali che ricorrono alla maternità surrogata evitano di dichiararlo nel timore di perdere il minore. Le coppie omogenitoriali femminili possono accedere alla fecondazione eterologa all'estero, una procedura ormai facilmente accessibile in Europa, e poi partorire in Italia. Le coppie omogenitoriali maschili, invece, possono ricorrere alla maternità surrogata solo in Canada e negli Stati Uniti, gli unici due Paesi in cui la gestazione per altri è ammessa.

²¹ Corte Cost. sentenze n. 32 (coppia omogenitoriale femminile) e 33 (coppia omogenitoriale maschile) del 9 marzo 2021.

²² Art. 5 (Requisiti soggettivi). «Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi».

²³ Corte cost. sent. n. 32/20121

In effetti, se l'approccio binario ha caratterizzato e ancora caratterizza le Costituzioni e le legislazioni europee²⁹ ed extraeuropee, è peraltro evidente anche una progressiva attenuazione delle condizioni richieste ai fini del riconoscimento giuridico del genere. Quello che può essere auspicato è, comunque, un diverso approccio che porti a superare le pretese di eterodeterminazione di un modo «normale» di essere e che guardi alla persona e al suo benessere psico-sociale, oltreché fisico, un punto di equilibrio tra l'interesse statale alla certezza dei rapporti giuridici e l'interesse individuale allo sviluppo della propria identità personale e di genere³⁰. Il fine rimane sempre la realizzazione del principio costituzionale di eguaglianza sostanziale.

5. *Qualche riflessione per concludere*

Come si è detto, all'inizio di questo discorso, il progresso clinico rende possibile la realizzazione di situazioni neppure immaginabili fino a qualche decennio or sono, situazioni che possono, per alcuni, dar luogo a sentimenti di sgomento o di indignazione per ciò che è diventato possibile, ma non auspicabile. Contestualmente, certi mutamenti sociali inattesi possono portare a prese di posizione contrapposte, in cui ciascuna parte invoca a fondamento del proprio ragionamento valori che ritiene eticamente non discutibili (si può fare riferimento, ad esempio, alle nuove conformazioni assunte dai nuclei familiari attraverso la tecnica della procreazione medicalmente assistita).

contempla anche un monitoraggio dell'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani diretto a produrre un rapporto «che esamini in dettaglio leggi e politiche discriminatorie, atti di violenza e pratiche dannose contro persone con variazioni innate nelle caratteristiche sessuali, in tutte le regioni del mondo». La risoluzione rappresenta una prima forma di tutela nei confronti di quei soggetti che nascono con variazioni nelle loro caratteristiche sessuali e per questo vengono frequentemente sottoposte a interventi chirurgici considerati «normalizzanti», ma nel concreto irreversibili, rischiosi e non necessari dal punto di vista medico. A partire dagli anni 50, infatti, si erano diffuse le operazioni c.d. di «normalizzazione sessuale», che dovevano portare a inserire il neonato nelle categorie di «maschio» o «femmina» in modo da poter indicare il genere nel documento. Al riguardo, già in un rapporto del 2013, l'Organizzazione Mondiale della Sanità aveva condannato ufficialmente gli interventi chirurgici sui bambini interessati.

²⁹ In senso inverso all'autodeterminazione, quale momento di decisione sui percorsi di sviluppo della propria personalità, è stata l'approvazione, da parte del Parlamento ungherese, nel giugno 2021, della legge che vieta di mostrare ai minori qualunque contenuto, sui media o a scuola, che ritragga o promuova l'omosessualità o il cambio di genere. Al riguardo, la Commissione europea aveva dato inizio, il 7 luglio 2021, ad una procedura d'infrazione sulla base del divieto di discriminazione contenuto nei trattati europei.

³⁰ A.C. VISCONTI, *Oltre la «logica binaria» ... L'identità di genere tra vecchie e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, n. 15/2023, pp. 285 ss.

Nell'ambito del biodiritto ci si confronta continuamente con ciò è diventato possibile, ma ci si domanda anche fino a che punto il «nuovo modo di agire» possa risultare accettabile. In un contesto ancora caratterizzato dall'idea di poter rimuovere la morte, certe tematiche, come la morte medicalmente assistita, possono risultare emotivamente non accettabili. E allora si dimentica l'irrazionalità di un'esistenza costretta in una situazione infernale, in cui una vita biologica prosegue a discapito di una vita biografica ormai giunta al termine nel vissuto del malato (come nel caso di malati terminali affetti da sclerosi laterale amiotrofica o da esiti di malattie acute o da politraumatismi). In questi casi, e di fronte alla richiesta del paziente di riallineare le due traiettorie di vita, il paradigma della indisponibilità della vita (o di una vita a tutti i costi) sembra superato nei fatti, confinato in epoche storiche antecedenti, in cui la scarsità delle conoscenze scientifiche non rendevano possibile incidere sul decorso di malattie terminali e l'assetto sociale rendeva il malato subalterno all'istituzione. E, comunque, un ordinamento che rivendichi di prevalere e di disporre di un bene individuale, senza che sia necessario proteggere gli altri consociati, non sembrerebbe discostarsi dallo Stato etico uno Stato che si pone arbitro assoluto del bene e del male, che impone linee di condotta che non possono essere oggetto di valutazione da parte dell'individuo.

Anche il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza che, in Francia, è stato inserito per la prima volta in un testo costituzionale con la revisione del marzo scorso (con esclusione dell'obiezione di coscienza)³¹ ha contribuito ad alimentare un contrasto già alquanto acceso³². In direzione opposta, in Italia, sono stati di recente proposti orientamenti restrittivi, come la proposta di legge, presentata alla fine del 2023, che prevede l'obbligatorietà dell'ascolto del battito cardiaco del feto prima del rilascio del certificato medico per l'interruzione della gravidanza³³, ed ancora, si può indicare l'emendamento al dl del PNRR dell'aprile scorso³⁴, che dà la possibilità alle

³¹ *Loi constitutionnelle n° 2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse*, in JORF, n°0058 del 9 marzo 2024.

³² Mons. Michel Aupetit, arcivescovo emerito di Parigi, ha commentato dicendo che tale legge prevale sulla coscienza e costringe le persone a morire; dalla culla dell'Illuminismo si alza il vessillo della dittatura del relativismo, mascherata da diritti falsamente elargiti a tutti. <https://www.iltimone.org/news-temone/la-francia-e-laborto-in-costituzione-mons-aupetit-e-diventato-uno-stato-totalitario/>.

³³ La proposta di iniziativa popolare, presentata il 5 dicembre 2023, prevede l'introduzione del comma 1-bis nell'articolo 14 della legge 22 maggio 1978, n. 194: «Il medico che effettua la visita che precede l'interruzione volontaria di gravidanza ai sensi della presente legge è obbligato a far vedere, tramite esami strumentali, alla donna intenzionata ad abortire, il nascituro che porta nel grembo e a farle ascoltare il battito cardiaco dello stesso».

³⁴ Si tratta dell'emendamento introdotto con l'art. 44 quiquies al dl Piano nazionale di ripre-

Regioni, nell'organizzazione dei servizi dei consultori, di avvalersi di soggetti del terzo settore che abbiano una qualificata esperienza nel sostegno alla maternità.

Infine, con riferimento all'identità sessuale, non molto tempo addietro, le differenze dal sistema binario venivano inserite nella categoria delle devianze: secondo la visione socioculturale qualificate come peccato-reato, secondo lo schema clinico come situazioni patologiche. E solo con la legge n. 164/1982³⁵ si arriva a tutelare coloro che non si identificano, per ragioni di tipo prevalentemente psicologico, nel sesso che è stato loro assegnato alla nascita; in tal modo l'ordinamento riconosce in via definitiva il diritto all'identità sessuale, diritto successivamente ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza del 1985³⁶.

Si giunge così ad ammettere la necessità di tenere presenti sia i caratteri fisici che quelli psicologici, allo scopo di determinare, anche dal punto di vista giuridico, l'orientamento sessuale della persona; si attribuisce, cioè, rilievo, da una parte, ad un'identità psicosessuale, che può risultare opposta e prevalente rispetto a quella fisica e, dall'altra, ad un'evoluzione di questa identità dall'uno all'altro polo dell'appartenenza sessuale³⁷. Il fine è quello di superare la pretesa di una eterodeterminazione di un modo «normale» di essere, di riconoscere il contenuto di un diritto all'identità sessuale, di un diritto all'identità di genere; la realizzazione, insomma, del principio costituzionale di uguaglianza sostanziale.

sa e resilienza (PNRR), sul quale il Governo aveva posto la questione di fiducia, approvato in Senato il 24 aprile scorso.

³⁵ Legge n. 164 del 14 aprile 1982, rubricata «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso» che sancisce il principio generale per cui la persona può procedere alla rettifica del sesso indicato nell'atto di nascita, qualora intervengano modifiche artificiali dei propri caratteri sessuali.

³⁶ Corte Cost. sent. n. 161/1985.

³⁷ C. PARRINELLO, *Riflessioni sull'appartenenza di genere come diritto fondamentale all'identità personale, in Comparazione e diritto civile*, novembre 2015, p. 9, www.comparazione-diritto.civile.it.

DAMIANO FUSCHI

DINAMICHE COSTITUZIONALI E STATO SOCIALE: UN'ANALISI DEL MODELLO ECONOMICO PLURALISTA

1. Teorizzazione della Costituzione economica

Le definizioni di costituzione economica sono molteplici: sul piano strettamente giuridico tale definizione può essere intesa mediante il dato costituzionale e le modalità della sua attuazione. Naturalmente sta al costituente decidere quanta forza, nei precetti, attribuire al modello di costituzione economica adottato indirizzando, così, il modello economico generale del Paese. Non immune dalle scelte politiche, assume una certa rilevanza il contesto storico e l'equilibrio economico generale dinanzi al quale si sviluppano le diverse articolazioni dei rapporti fra Stato e mercato.

In realtà, i tentativi di classificazione riferibili alle disposizioni delle diverse carte costituzionali – indipendentemente dalle relazioni con i vari sistemi ideologici – devono differenziare tra costituzione economica e costituzione politica. Categorizzazione, questa, che non si riferisce alla tasonomia tra economia di mercato, economia mista ed economia di Stato (o collettivista) ma alle differenze fra *constituency politica* (ciò che si vuole) e *constituency economica* (ciò che si può)¹.

In altri termini, la misura di confine fra ciò che la politica *può fare* e ciò che la politica *deve fare* nei confronti del mercato è stabilita da vincoli economici che si sono delineati in modo differente nei vari contesti storici e istituzionali. La particolare attenzione per l'economia e la necessaria amministrazione è di fondamentale rilevanza, giacché è da essa che lo Stato ottiene le risorse per realizzare i fini e i programmi rintracciabili nella propria Costituzione la quale, nei suoi aspetti economici e sociali, muta nel tempo tanto più se l'assetto particolare delle sue relazioni si delinea tra i vari livelli di governo territoriale, incrinando le funzioni esclusivamente riservate allo Stato².

¹ G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Edizioni Giuffrè, 1998.

² Carl Schmitt a proposito di governo dell'economia rileva, nella sua celebre opera *Il castore della Costituzione* come l'unità della decisione politica si ricomponga attraverso la Costituzione-