

Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato e le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa

Francesca Angelini

Dopo una breve sintesi in cui si fa il punto sulle trasformazioni che la legge 40/2004, sulla procreazione medicalmente assistita, ha subito a dieci anni dalla sua approvazione, l'articolo prende in esame la sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014, che ha annullato le disposizioni della legge 40/2004 che vietavano la PMA di tipo eterologo. La possibilità della nuova terapia ammessa dalla Corte costituzionale ha tuttavia causato una contrapposizione fra lo Stato e le Regioni sulle modalità di attuazione delle relative prestazioni che ha risentito ampiamente del mancato inserimento della PMA sia omologa che eterologa nei livelli essenziali delle prestazioni garantite dal Servizio sanitario nazionale. Tale circostanza ha portato l'affermazione di un federalismo sanitario accentuato che mette in discussione la garanzia delle prestazioni a livello regionale e favorisce il turismo sanitario tra Regioni.

1. Introduzione. La legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita a dieci anni dalla sua approvazione

A dieci anni esatti dalla sua tardiva approvazione, la legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita (PMA) ha un percorso relativamente breve, ma sufficiente a far emergere uno fra i peggiori bilanci per il legislatore italiano. Sottoposta a continui interventi di manutenzione, la legge, all'indomani dell'ultimo importante intervento caducatorio della Corte costituzionale con la sentenza n. 162/2014¹, appare pro-

(1) Sulla quale si vedano i relativi commenti: C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronticostituzionali.eu, 2014; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014; A. MUSUMECI, "La

fondamente modificata rispetto alla disciplina originaria approvata da una maggioranza tacciata di aver scelto, come si disse, la via della «legge ideologica»². Alla sua approvazione, infatti, la legge 40/2004 era caratterizzata da divieti, limiti e obblighi rivolti ai medici, agli scienziati e soprattutto ai cittadini che hanno finito per porsi in contrasto con il diritto alla salute e all'autodeterminazione della donna, giungendo a contraddire quanto stabilito nella legge 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza e, prima ancora, nella sent. n. 27/1975 dalla Corte costituzionale³. Per gli stessi motivi, inoltre, nella sua versione originaria la disciplina confinava il rapporto tra medico e paziente entro spazi irragionevolmente angusti. La legge sulla PMA ha sicuramente segnato, per le cose dette, un'inversione di tendenza rispetto a quell'atteggiamento di arretramento dello Stato di fronte alle decisioni che incidono sulla sfera più intima e privata delle persone, come quelle relative alla sessualità, alla procreazione e alla vita familiare; temi rispetto ai quali il nostro legislatore, nel corso degli anni Settanta e Ottanta del Novecento, aveva approvato leggi informate ai principi di autodeterminazione e di

fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sent. n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in Osservatorio AIC, 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014; A. PIOGGIA, *Un divieto sproporzionato e irragionevole. La Corte costituzionale e la fecondazione eterologa*, in *Astrid on line*, 2014; M.G. RODOMONTÉ, *È un diritto avere un figlio?*, in www.confrontocostituzionali.eu, 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu (a prima lettura di Corte cost., n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta on line*, 2014; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014; C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 2593 ss.; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, Osservatorio AIC, 2014.

(2) M. D'AMICO, *Sull'incostituzionalità del divieto di "fecondazione eterologa" fra principi costituzionali ed europei*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti fra Corte Costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 18.

(3) «Non esiste una 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»: Corte cost., sent. n. 27 del 1975.

laicità dello Stato; così è stato nel 1974, nel 1978 e nel 1984 con le leggi sul divorzio, sull'aborto e sulla rettificazione di sesso⁴.

Per queste ragioni, la legge 40/2004 ha finito per essere considerata non solo una fra le leggi più controverse della nostra storia repubblicana, ma anche l'esempio in negativo del difficile rapporto fra etica, scienza e diritto. A fronte, infatti, del complesso bilanciamento fra interessi e diritti, primi fra tutti la libertà di autodeterminarsi e il diritto alla salute, la legge 40/2004 affermava, nella sua versione originaria, due evidenti scelte di principio: la tutela prioritaria dei diritti dell'embrione⁵ e la tutela della genitorialità biologica⁶, tesa ad escludere aprioristicamente dalla procreazione artificiale le coppie totalmente sterili, quelle portatrici sane di gravi malattie genetiche⁷, le coppie omosessuali e i *single*. Conseguentemente, nonostante il fallimento del *referendum* abrogativo del 12-13 giugno 2005⁸, le parti più qualificanti ma anche più discusse della disciplina hanno portato ad un fitto contenzioso, da cui è derivata una serie di pronunce importanti di giudici ordinari⁹, amministrativi¹⁰ e della Corte costituzionale¹¹ che hanno colpito e, grazie a quest'ultima,

(4) Come rileva M.R. MARELLA, *La logica e i limiti del diritto nella procreazione medicalmente assistita*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005, p. 1 ss., che non manca di sottolineare come dagli anni Sessanta in poi le Costituzioni occidentali abbiano fatto prevalere, nelle scelte riguardanti la sfera più intima e privata, un principio tendenziale di autodeterminazione delle persone e un conseguente arretramento, rispetto a queste, dello Stato.

(5) P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 167.

(6) Nell'intento di «imitare la "natura", la quale non sopporterebbe perciò ingerenze esterne di nessun genere»: così criticamente P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 166.

(7) Nell'esclusione dalla PMA delle coppie portatrici di malattie genetiche che si desume dall'art. 1 della legge che prevede come unica finalità la soluzione a problemi riproduttivi dovuti a sterilità o infertilità grave, si individuava un'«ottica punitiva» della legge, M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 2004, p. 458.

(8) Sulle diverse fasi che hanno condotto al *referendum* M. BALISTRERI, S. POLLO, *Storia della normativa sulla procreazione assistita*, in *Bioetica*, 3, 2005, p. 25 ss.

(9) A cominciare dal Tribunale di Cagliari, sent. del 22 settembre 2007, e dal Tribunale di Firenze, ord. del 17 dicembre 2007, alla più recente sentenza del Tribunale di Salerno che ha esteso la diagnosi preimpianto ad una coppia portatrice di malattia genetica.

(10) Si veda TAR Lazio, sez. III, sent. n. 398 del 21 gennaio 2008.

(11) Corte cost. sent. n. 151 del 2009.

espunto le parti più controverse della legge, come l'obbligo di creazione e di contestuale impianto di tre embrioni – qui, addirittura, violando la libertà personale con la previsione di misure coercitive¹² – e il divieto di diagnosi preimpianto degli embrioni¹³, che più incidevano sul diritto alla salute della madre e del feto.

2. La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo davanti alla Corte costituzionale: un'andata e un ritorno

Solo di recente è emersa un'altra questione, relativa appunto al divieto di tecniche di inseminazione di tipo eterologo, disposto dall'art. 4, comma 3, della legge. Proprio su tale limitazione è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014, che ha dichiarato la illegittimità dell'articolo, nella parte in cui prevede il divieto del ricorso alla PMA di tipo eterologo, «qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute o irreversibili». La decisione, al di là delle conseguenze immediate – l'eliminazione del divieto di eterologa e delle sanzioni ad esso connesse –, appare di grande rilievo, perché la Corte, incidentalmente, affronta temi di evidente attualità, come il concetto costituzionale di famiglia, non più ancorato al solo modello di famiglia legittima, ed offre spunti sul dialogo fra Corti nella protezione dei diritti fondamentali, ribadendo la centralità del proprio ruolo, ma confermando l'attenzione ai criteri argomentativi e ai livelli di protezione offerti dalla Corte EDU¹⁴. Proprio in relazione a quest'ultimo profilo va precisato che la Corte costituzionale, in realtà, era stata già chiamata ad esprimersi sulla questione dagli stessi giudici, i Tribunali di Firen-

(12) Sul punto, sia consentito rinviare a F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita o procreazione medicalmente obbligata? Brevi note sulla sentenza della sezione III TAR Lazio n. 398 del 21 gennaio 2008*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 2735 ss.

(13) Su questo particolare aspetto si veda, tuttavia, Corte EDU, sent. 28 agosto 2012, *Costa e Pavan*, che ha dichiarato la violazione, da parte dello Stato italiano, del rispetto della vita privata e familiare di una coppia di coniugi, portatori sani di una malattia genetica, per il divieto assoluto di diagnosi genetica preimpianto previsto dalla legge 40/2004.

(14) Sul punto, ampiamente S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico scientifico*, cit., p. 4.

ze, Catania e Milano, tra il 2010 e il 2011¹⁵. In quella occasione, tuttavia, il parametro di costituzionalità, oltre che dagli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., era costituito, per il tramite dell'art. 117, comma 1, dagli artt. 8 e 14 della CEDU e dalla giurisprudenza della sua Corte¹⁶. Nelle more della decisione, la riforma della giurisprudenza della Corte EDU in materia di procreazione eterologa, segnata da una pronuncia della Grande Camera della Corte EDU¹⁷, aveva indotto la Corte costituzionale, con ord. n. 150 del 2012, a restituire gli atti, per permettere ai giudici *a quibus* di tener conto della nuova decisione della Grande Camera¹⁸ e a considerare i vizi di costituzionalità diversi dalla violazione dell'art. 117, comma 1, assorbiti. Nel corso del 2013 i tre Tribunali¹⁹ hanno, dunque, riproposto la questione, ma solo l'ordinanza del Tribunale di Milano ha mantenuto, fra i parametri, l'art. 117, comma 1. Tale circostanza ha naturalmente causato una torsione argomentativa che ha portato a centrare l'analisi della Corte sicuramente sui soli parametri costituzionali interni²⁰, anche

(15) Rispettivamente nelle ordinanze del 6 settembre, del 21 ottobre 2010 e del 3 febbraio 2011.

(16) In particolare si faceva riferimento alla sent. della Corte EDU, sez. I, del 1° aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria*, nella quale l'Austria era stata condannata per la violazione degli artt. 8 e 14 proprio per le limitazioni alla fecondazione eterologa, previste dalla propria legge sulla PMA.

(17) Sent. del 3 novembre 2011, *S.H. e altri contro Austria*, che ha riconosciuto il margine di apprezzamento dei singoli Stati su tali temi.

(18) Nell'ord. n. 150 del 2012, la Corte, avendo associato la restituzione degli atti all'assorbimento dei vizi di costituzionalità diversi dalla violazione dell'art. 117, comma 1, ha, di fatto, inaugurato un'anomala pregiudizialità fra la violazione della Convenzione e la violazione dei parametri interni, causando nei tre Tribunali remittenti una accentuazione, nelle nuove ordinanze di remissione, dei profili di violazione dei parametri interni sui quali si è dunque concentrata la risposta della Corte nella sentenza n.162/2014. Sull'ord. n. 150 del 2012, per il profilo qui sottolineato, cfr. G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «supervenienti»: i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 2070 ss.; sugli effetti anomali di tale pregiudizialità, si veda F. ANGELINI, *Nell'ipotesi di contrasto fra disciplina statale e CEDU il Tribunale di Salerno fa la cosa giusta, ma lungo il cammino abbandona i parametri costituzionali interni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 1203 ss.

(19) Tribunale di Firenze, ordinanza del 29 marzo 2013; Tribunale di Milano, ordinanza dell'8 aprile 2013; Tribunale di Catania, ordinanza del 13 aprile 2013.

(20) Al punto che parte della dottrina ha individuato nella sentenza una evidente chiusura al dialogo con la Corte EDU da parte della Corte costituzionale, in tal senso particolarmente A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost., n. 162 del 2014)*, cit., p. 1 ss. La limitazione del dialogo fra

se resta comunque evidente l'«assonanza argomentativa con l'approccio della Corte EDU» nell'affermazione di un «diritto di diventare genitori» e nel «ricondere la sfera procreativa al concetto di “vita privata e familiare” protetto dell'art. 8 CEDU»²¹.

3. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale

Nella motivazione della sent. n. 162/2014 la Consulta sembra individuare un percorso argomentativo da offrire come un “monito” al legislatore nella soluzione delle difficili questioni bioetiche²², nel quale essa riafferma, in continuità con alcune sue storiche pronunce²³, la centralità delle valutazioni di appropriatezza scientifica (del medico) e del principio di autodeterminazione²⁴. La Corte consegna una sentenza scritta con grande ponderazione, a giudicare dai due mesi che sono passati dalla diffusione del comunicato stampa al suo deposito (9 aprile-9 giugno), ma che è un esempio, a parere di chi scrive, di quella chiarezza e consequenzialità argomentativa indispensabili ad affrontare tali temi e che, purtroppo, si fatica a ritrovare – con le dovute differenze fra il piano della giurisdizione e quello della normazione – nelle decisioni adottate in materia dal legislatore italiano negli ultimi anni.

La scelta di diventare genitori, riprendendo le parole della Corte, «costi-

Corti viene interpretata come la manifestazione, da parte della Corte costituzionale, di una «rivendicazione a sé della competenza» a tutela dei diritti fondamentali conseguente alla competizione con la Corte EDU, soprattutto dopo la sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, da G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, cit., p. 1 ss. Nello stesso senso, L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit., p. 3, che si riferisce a un «rinnovato desiderio di centralità della nostra Corte».

(21) Si veda S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico scientifico*, cit., p. 4.

(22) C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, cit., p. 2.

(23) Si vedano in particolare: Corte cost. sentt. n. 282 del 2002, 151 del 2009 e 8 del 2011.

(24) «Ma un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici”: Corte cost., sent. n. 282 del 2002, punto 5 del Considerato in diritto.

tuisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., in quanto attiene alla «sfera più intima ed intangibile della persona umana». La limitazione di tale scelta, per le coppie con problemi di sterilità o infertilità grave, può essere ammessa solo se giustificata, alla luce del principio di ragionevolezza, per tutelare un interesse di pari valore costituzionale non altrimenti raggiungibile. In altre parole, il diritto a procreare risulta incoercibile, a meno che non entri in conflitto con un diritto o un interesse di pari rango con il quale deve essere bilanciato²⁵. La Corte non si limita ad individuare le direttrici che, in casi come questo, devono essere seguite dalla politica legislativa al fine di colmare spazi lasciati vuoti dalla Costituzione, ma fornisce, riprendendo la propria giurisprudenza, altre indicazioni importanti, affermando che la disciplina della PMA incide direttamente sul diritto alla salute «comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» di coloro, che per problemi di sterilità, devono rinunciare alla genitorialità biologica. Per tale ragione anche la PMA eterologa rientra fra quegli atti di disposizione del proprio corpo che, come il cambiamento di sesso, sono rivolti alla tutela della salute e sono limitabili solo se in contrasto con «altri interessi costituzionali».

Fatte tali premesse, il discorso della Corte arriva al cuore del problema, assumendo un tono più esplicito anche nei confronti del legislatore: «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche [...]. Pertanto, va ribadito che, “in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali, fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali”». La conclusione di tali argomenti, non evidenziando interessi contrapposti di pari livello²⁶, porta a rilevare che il divieto asso-

(25) Critica questo passaggio della decisione, M.G. RODOMONTE, *È un diritto avere un figlio?*, cit., p. 1.

(26) L'esame degli interessi contrapposti, effettuato dal Giudice delle leggi, fa emergere solo un interesse specifico, ed eventuale, della persona nata, che potrebbe andare incontro a un rischio

luto di procreazione con gameti esterni alla coppia sia il risultato di un «irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco».

Vi è un aspetto su cui la Corte si sofferma dettagliatamente e che rivela con quanta attenzione sia stata scritta la sentenza al fine di fugare ogni dubbio interpretativo all'indomani della sua pubblicazione. Il problema posto è quello del vuoto normativo che l'Avvocatura generale dello Stato paventa, di fronte ad una sentenza di accoglimento, «in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile» che avrebbe richiesto scelte di «opportunità politica» riservate alla discrezionalità del legislatore ordinario. Al problema sollevato, quello cioè di valutare il rapporto fra *lex* e *jurisdictio*, la Corte oppone il proprio compito, ontologicamente prioritario, di «garantire il principio di costituzionalità»²⁷ al fine di evitare «una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale [...] quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario». Offerta la risposta di principio, la Corte opera comunque una vera e propria ricognizione sistematica della normativa residuale, allo scopo di ricomporre la disciplina di base atta a rendere operative le tecniche di PMA eterologa e a colmare il paventato vuoto normativo; essa individua, infatti, una serie di disposizioni la cui interpretazione sistematica garantisce la soluzione a tutte le questioni poste. Si tratta di disposizioni che la Corte trae dalla disciplina di risulta della legge 40/2004, dai nuovi articoli del codice civile sulla genitorialità (introdotti con il d.lgs. 154/2013), dal d.lgs. 191/ 2007 sulla donazione di cellule umane, non-

psicologico connesso alla genitorialità non naturale o avanzare il diritto di conoscere le proprie origini biologiche, problema, quest'ultimo, che trova soluzione nelle norme sull'identità genetica che regolano l'adozione (art. 28, comma 4, legge 184/1983).

(27) Il passaggio, come messo in evidenza (S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico scientifico*, cit., p. 8), mostra una contrapposizione «tra due differenti concezioni del ruolo del legislatore e della legge»: quella dell'Avvocatura dello Stato riconducibile esclusivamente alle scelte di «opportunità politica» affidate alla discrezionalità del legislatore; quella della Corte costituzionale, che, in contrasto con l'Avvocatura, riafferma la piena legittimità, in questioni che attengono alla tutela della salute, del proprio controllo sulla discrezionalità legislativa al fine di garantire alla tutela dei diritti e il principio di costituzionalità. Critica con questo passaggio della sentenza, e più in generale con le restrizioni degli spazi di incidenza della normazione primaria in materia di bioetica, è L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit., p. 2.

ché dagli articoli concernenti l'identità genetica dei genitori, di cui alla legge 184/1983 sulle adozioni; disposizioni che già offrivano una base giuridica per regolare i casi di PMA eterologa praticata dai cittadini italiani all'estero. Tale considerazione, tra l'altro, permette alla Corte di evidenziare come l'irrazionalità del divieto si traduca in una duplice violazione anche del principio di uguaglianza. La legge 40/2004, infatti, pensata per dare soluzione ai problemi riproduttivi di chi è affetto da problemi di sterilità o di infertilità, ha finito, in maniera del tutto irrazionale, per escludere dal rimedio proprio coloro che sono maggiormente colpiti da tali disabilità, vale a dire le coppie totalmente sterili. Per altro verso, la previsione di una regolamentazione degli effetti della PMA eterologa praticata in altri Paesi, ancorché necessaria a dare tutela al nato, rende palese un'altra ragione di "intollerabile" disuguaglianza conseguente al divieto in questione per quelle coppie che, affette da sterilità assoluta, risultino prive di mezzi economici per fare ricorso al c.d. turismo procreativo.

Quest'ultima notazione, unitamente al richiamo alla disciplina previgente alla legge 40/2004, in base alla quale le tecniche di PMA eterologa erano ammesse «senza limiti né soggettivi né oggettivi», connotano il ragionamento della Corte anche di un evidente realismo che appare tanto più opportuno se si riflette sul fatto che tale divieto non solo non è «il frutto di una scelta consolidata nel tempo», ma non era neppure previsto nel progetto di legge originario della legge 40/2004²⁸; anzi, l'introduzione di tale divieto è stato il primo segno evidente dell'irrigidimento delle posizioni della maggioranza politica del momento in favore di scelte di principio che hanno finito per caratterizzare l'intera disciplina, chiudendola ad ogni possibilità di mediazione e di adeguamento alla realtà.

(28) Il riferimento è al testo licenziato – sulla base delle diverse proposte di legge in materia depositate in Parlamento – dalla Commissione affari sociali della Camera (A.C. 414) nel luglio del 1998, che ammetteva il ricorso alla fecondazione eterologa solo nei casi accertati di impossibilità a ricorrere alla procreazione omologa o nei casi di sussistenza di gravi malattie ereditarie o infettive trasmissibili. Sul punto, C. MARTINI, *Il dibattito parlamentare sulla PMA nella XII e XIV legislatura*, in G. TONINI (a cura di), *La ricerca e la coscienza*, Roma, Edizioni Riformiste, 2005, pp. 120-122.

4. La procreazione eterologa: fra veti e sospensioni del Governo, la risposta delle Regioni

All'indomani dalla pubblicazione della sent. n. 162/2014, nonostante quell'atteggiamento di realismo e di concretezza con il quale la Consulta – pur riconoscendo l'opportunità di futuri interventi normativi anche attraverso le Linee guida ministeriali – ha consegnato una disciplina comunque “pronta all'uso” e quindi in grado di dare risposte a chi ha già lungamente atteso, il tema della PMA di tipo eterologo entra nel caos di sospensioni e complicazioni, che la Corte avrebbe voluto evitare, fra Ministero della salute e Regioni.

Agli inizi di luglio del 2014, il Ministro della salute, dopo aver sostenuto in una intervista²⁹ che la sentenza della Corte avrebbe provocato un vuoto normativo, ha comunicato la sospensione della fecondazione assistita eterologa nei Centri che l'avevano già avviata, in attesa delle nuove Linee guida e di nuovi passaggi parlamentari di modifica della legge 40/2004, decisione ribadita successivamente, nel mese di agosto, da una delibera del Consiglio dei Ministri³⁰. Appare chiaro che il rinvio nel tempo non ha creato solo condizioni favorevoli a situazioni di nuovo contenzioso, ma indirettamente ha certificato una situazione quasi al limite della violazione del giudicato costituzionale³¹.

In risposta alla situazione di incertezza e sospensione creata dal Governo, le Regioni hanno dichiarato all'opposto l'intenzione di autorizzare la fecondazione eterologa nei loro Centri. Nel mese di settembre 2014 la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome ha annunciato di aver approvato all'unanimità ed autonomamente delle Linee guida regionali sulla fecondazione eterologa³², redatte dai tec-

(29) Si veda il *Corriere della Sera* del 7 luglio 2014.

(30) Si veda l'intervista su *la Repubblica* del 10 agosto 2014 in cui il Ministro della salute dà conto della decisione del Governo di fermare l'approvazione per decreto legge delle Linee guida e di optare per la via parlamentare, confermando tuttavia la sospensione della terapia per i Centri sia pubblici che privati.

(31) Si veda a proposito l'intervista all'allora Presidente della Corte cost. Giuseppe Tesaro, estensore della sent. 162 del 2014, apparsa sul *Il Messaggero* del 10 agosto 2014, 3, dal titolo significativo «Non c'è alcun vuoto normativo in Italia, l'eterologa si può fare», che richiama proprio l'art. 136 Cost.

(32) Le Linee guida regionali sono, in realtà, frutto di due accordi in seno alla Conferenza delle

nici delle Regioni. Nei giorni successivi, alcuni Consigli regionali hanno adottato delle delibere per la regolamentazione della PMA di tipo eterologo; tuttavia, nonostante il tentativo di dotarsi di una disciplina unitaria con le Linee guida, si è comunque determinato un vero e proprio *far west* nelle modalità di accesso alla fecondazione eterologa da parte dei cittadini (sul quale cfr. *infra* § 6).

Nonostante la valida intenzione del Ministro della salute di voler inserire la PMA anche eterologa nei Livelli essenziali di assistenza (LEA) al fine di garantire un'uniformità di prestazione e di accesso alla terapia, evidenziata in un primo momento in più di un'intervista³³ e ribadita da ultimo il 4 febbraio del 2015 nello schema di decreto proposto per l'aggiornamento degli stessi LEA, l'aver abbandonato la via più rapida di un aggiornamento, per via ministeriale, delle Linee guida della legge 40/2004, come peraltro indicato dalla Corte, unitamente alla decisione di sospendere il trattamento, ha di fatto neutralizzato la portata immediatamente dispositiva della sent. 162/2014, aprendo una contrapposizione fra Ministro (*rectius*: Governo) e Corte costituzionale³⁴, cui si sono aggiunti, a catena, potenziali conflitti fra lo Stato e le Regioni intenzionate a dare avvio autonomamente all'offerta della prestazione.

A commento della vicenda, viene da pensare che vi sia un'irriducibile contraddizione tra le posizioni del Governo e delle Regioni. Delle due l'una: o il vuoto normativo creato dalla sentenza è davvero così ampio da non permettere di dare avvio alla terapia, se non a rischio di lesioni gravi dei diritti dei soggetti coinvolti nella prestazione, oppure non esiste alcun vuoto normativo e si può consentire alle Regioni di erogare la relativa prestazione; ma se è giusta la seconda ipotesi, perché allora lasciare alle Regioni l'iniziativa di individuare delle Linee guida senza alcuna effettiva efficacia normativa ed incorrere nel rischio di avere disci-

Regioni, il primo del 4 settembre reperibile sul sito: http://www.regioni.it/home_art.php?id=986; il secondo, del 25 settembre, è reperibile sul sito: <http://www.regioni.it/newsletter/n-2570/del-25-09-2014/fecondazione-eterologa-definizione-tariffa-unica-convenzionale-12974/>. Sul contenuto degli accordi si veda il § successivo.

(33) Si vedano *la Repubblica* e *Il Messaggero* del 10 agosto 2014.

(34) Evidente nelle citate interviste rilasciate dal Ministro Lorenzin cui è seguita la risposta chiara del Presidente Giuseppe Tesaro, nell'intervista a *Il Messaggero* del 10 agosto 2014, «Non c'è alcun vuoto normativo».

pline differenziate, come di fatto è stato, piuttosto che aggiornare le Linee guida ministeriali?

La vicenda, per come si è dipanata, arriva a toccare, non solo, come si è detto, il rapporto fra *lex* e *jurisdictio*, ma più in generale i rapporti fra legge e Governo e fra Governo e Regioni. A parere di chi scrive, la sentenza n. 162/2014 non apre alcun vuoto normativo; la Corte, infatti, individua espressamente le disposizioni da applicare. In tale prospettiva, l'ostinata posizione del Governo, di non dare attuazione alla fecondazione eterologa, assume il sapore di un rifiuto a dare applicazione a disposizioni di leggi, quali sono quelle individuate chiaramente dalla Corte stessa, e a criteri basilari di interpretazione e di applicazione di queste (nel caso, l'interpretazione sistematica e per analogia). Appare chiaro, inoltre, che un nuovo intervento parlamentare, annunciato dal Ministro della salute, sulla legge 40/2004 non è solo auspicabile, ma necessario³⁵, in considerazione dei molteplici interventi caducatori che la disciplina ha subito negli anni, ma questo non può avvenire a discapito del diritto chiaramente individuato dalla Corte. Ben avrebbe fatto il Ministro ad adottare nell'immediato un aggiornamento delle Linee guida, per rendere uniforme e più sicuro l'accesso alla fecondazione eterologa e ad accompagnarlo con l'inserimento della PMA nell'elenco dei LEA e, contestualmente, a presentare il disegno di legge al Parlamento per rivedere e coordinare, alla luce delle sentenze intervenute negli anni, l'intera disciplina prevista nella legge 40/2004. Nel disorientamento del Governo rispetto all'apertura alla fecondazione eterologa pare possibile rintracciare alcuni elementi che hanno caratterizzato, nella prima metà degli anni Novanta del Novecento, la risposta governativa alle sentenze additive in materia di diritti "costosi"³⁶; il paragone, fra l'altro, trova fondamento anche nella circostanza che dalla sent. n.

(35) Di «colpevole inerzia delle assemblee parlamentari di fronte alla necessità di modificare una normativa, che da subito si è rivelata carente in più punti rispetto al dettato costituzionale», parla G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, cit., p. 1.

(36) Lo sconcerto del Governo per le conseguenze di tali sentenze, in particolare con riferimento alle sentt. n. 495 del 1993 e n. 240 del 1994, e le problematiche costituzionali e istituzionali che hanno peraltro portato la Corte, dopo quelle esperienze, ad assumere un atteggiamento di responsabilità inaugurando nuove tecniche decisorie, quali le sentenze additive di principio, sono chiaramente trattate da F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 35 ss.

162/2014 deriva, come vedremo, un aumento della spesa sanitaria, anche se contenuta rispetto agli esempi citati, data la previsione di un *ticket*; detto questo, non si può dimenticare che la Corte, proprio in considerazione delle particolari conseguenze della sentenza, non solo ha vagliato in maniera attentissima l'ambito normativo sul quale essa andava ad incidere, ma dal comunicato della decisione alla sua pubblicazione ha fatto trascorrere ben due mesi, lasciando un lungo tempo di preparazione al Governo per prevedere possibili risposte adeguate a garantire nell'immediato il diritto alla prestazione. Il Governo, soprattutto per evitare condizioni di disparità di trattamento e di confusione ulteriore che hanno causato nuovo contenzioso (cfr. § 6, sul caso Lombardia), avrebbe dovuto impedire quella situazione di sovrapposizione di risposte differenziate da parte di enti equiordinati, lo Stato e le Regioni, originata fondamentalmente da una sostanziale difformità sull'interpretazione degli effetti della sentenza, in relazione all'esistenza o meno di un vuoto normativo in materia.

5. Un passo indietro: le Regioni alle prese con la PMA (omologa) nell'attesa dei nuovi LEA. Un potere sostitutivo alla rovescia in cerca dell'impossibile uniformità

A nove mesi circa dalla sentenza n. 162/2014, la situazione che si registra, nelle diverse Regioni, fatta eccezione per la Toscana, è di sostanziale impossibilità di accesso alla PMA eterologa nelle strutture pubbliche. Il dato che immediatamente fotografa questa situazione è quello che si ricava incrociando il numero delle domande di accesso alla prestazione registrate nei Centri pubblici all'indomani della sentenza della Consulta, pari a circa cinquemila, e il numero di PMA eterologa effettuate sino a novembre 2014, pari a solo due impianti, presso l'Ospedale di Careggi di Firenze. Quello che si è aperto all'indomani della sentenza, a causa del mancato intervento dello Stato, è un vero e proprio *far west* in cui le amministrazioni regionali vagano nel tentativo di riuscire a dare risposta ai cittadini, in assenza di quell'equilibrio fra le ragioni dell'unità e dell'uniformità delle prestazioni e quelle del decentramento e dell'autonomia³⁷.

(37) Sulle quali si rinvia a L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 103 ss.

La comprensione a pieno della intricata vicenda, nella quale, alle assenze dello Stato, è conseguita una sovrapposizione di competenze ed interventi molto frammentati delle Regioni, deve tener conto, da una parte, del peso del costo del diritto a procreare, individuato dalla Corte costituzionale, e, dall'altra, della grave situazione economica in cui versa la maggioranza delle Regioni italiane, molte delle quali bloccate entro gli stretti vincoli dei piani di rientro. Proprio la considerazione di questi due elementi spinge a cercare di capire quale fosse la situazione pregressa nella quale viene ad inserirsi l'apertura alla PMA di tipo eterologo. Alla luce di quanto detto appare necessario, dunque, fare un passo indietro.

Il dato di rilievo dal quale è necessario muovere è rappresentato dal fatto che le prestazioni rientranti nella PMA non sono mai state inserite nell'elenco dei Livelli essenziali di assistenza (LEA) nazionali. Come è noto l'elenco dei LEA è stato approvato, con una procedura lunga e complessa, sulla base dell'accordo raggiunto all'interno della Conferenza Stato, Regioni e Province autonome, ben tre anni prima dell'approvazione della legge sulla PMA, nel novembre del 2001³⁸. Proprio per questo l'art. 18, legge 40/2004, al fine di finanziare l'avvio della prestazione, in attesa dell'aggiornamento dei LEA, aveva previsto la creazione di un Fondo per le tecniche di PMA, istituito presso il Ministero della salute per un importo pari a 6,8 milioni di euro, ripartito fra Regioni e Province autonome sulla base di criteri determinati con decreto del Mini-

(38) Sulla base dell'accordo Stato-Regioni dell'8 agosto del 2001, l'art. 6 del d.l. 347/2001, convertito in legge 405/2001, ha stabilito che la definizione dei LEA doveva avvenire con l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro della salute e di concerto con il Ministro delle finanze e sulla base dell'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome raggiunta il 22 novembre 2001. Conseguentemente, il d.P.C.M. 29 novembre del 2001 ha dunque adottato i LEA. La lunga procedura è dettagliatamente descritta da M. GRECO, *I livelli essenziali di assistenza nel quadro della riforma federale*, in *Organizzazione sanitaria*, 3/4, 2001, p. 9 ss.; sul contenuto e sulla funzione dei LEA, si rinvia, per un approfondimento, ad A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 56 ss. Il complesso procedimento di approvazione dei LEA è stato successivamente confermato dall'art. 54 della l. n. 289/2002 e seguito successivamente per l'adozione dei limitati aggiornamenti. Si segnala, tuttavia, che l'*iter* è stato criticato in dottrina per l'assenza di coinvolgimento del Parlamento, ed è stato giudicato «fuori dall'attuale quadro costituzionale»: F. GIGLIONI, *I servizi sanitari*, in L. TORCHIA (a cura di), *Welfare e federalismo*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 35; sul punto si veda anche L. TRUCCO, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni tra politiche legislative e Corte costituzionale*, cit., p. 109.

stro della salute sentita la Conferenza unificata Stato, Regioni e Province autonome³⁹. Negli anni successivi all'approvazione della legge 40/2004, anche se quest'ultima prevede, fra i suoi principi basilari, quello di favorire l'accesso alle cure contro l'infertilità e la sterilità con terapie e metodiche a carattere sanitario le cui prestazioni devono essere erogate dal Servizio sanitario nazionale, non si è mai provveduto all'inserimento nell'elenco dei LEA delle prestazioni necessarie per la PMA.

Questa situazione ha avuto una serie di conseguenze sulla garanzia della prestazione nelle diverse Regioni e ha causato l'affermarsi di un «federalismo sanitario “estremo”, non rispettoso né dell'art. 3 (principio di uguaglianza) né dell'art. 32 (diritto alla salute) né, infine, dell'art. 120 della Costituzione italiana»⁴⁰ che prevede, a garanzia della tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, il potere sostitutivo dello Stato di fronte alla Regione inadempiente. Proprio in relazione al potere sostitutivo, va detto che in questo caso, tuttavia, si è assistito ad una inversione dei ruoli; infatti, di fronte alla inadempienza dello Stato, colpevole di non aver inserito nei LEA le prestazioni relative alla PMA, molte Regioni si sono assunte la responsabilità, e il relativo onere di spesa, di garantire la fecondazione assistita omologa inserendola nei LEA regionali. A ben vedere questa situazione sconta, in realtà, un ritardo più generale e colpevole dello Stato relativo proprio all'aggiornamento dell'intero elenco dei LEA atteso oramai da anni⁴¹. Predisposto e annunciato da più di un Ministro della salute, l'elenco dei nuovi LEA non ha mai visto la luce in seguito alle crisi dei Gover-

(39) Si veda il Parere della Conferenza Stato - Regioni del 29 aprile 2004, sul sito: <http://www.governo.it/backoffice/allegati/22411-1961.pdf>.

(40) Così M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel servizio sanitario*, reperibile sul sito: http://www.cittadinanzattiva.it/newsletter/2014_06_19-332/files/LEAe.pdf, 2014.

(41) Dal 2001 l'elenco dei LEA ha subito tre modifiche rispettivamente con: d.P.C.M. 16 aprile 2002, con il quale si è aggiunto all'elenco del 2001 l'allegato 5, recante «Linee guida sui criteri di priorità per l'accesso alle prestazioni diagnostiche e terapeutiche e sui tempi massimi di attesa»; d.P.C.M. 28 novembre 2003, che ha provveduto ad inserire nell'elenco dei LEA alcune certificazioni mediche precedentemente escluse; d.P.C.M. 7 marzo 2007, con il quale si è precisata o estesa la portata di alcune prestazioni inserite nell'elenco del 2001. Sul punto, si veda R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio Aic*, febbraio 2015, 1, nt. 3.

ni di riferimento⁴². Le ragioni del fallimento di tali tentativi vanno rintracciate, oltre che evidentemente nella discontinuità politica che segue al cambiamento di direzione del Governo, anche nei vincoli sempre più stringenti di carattere economico-finanziario che rendono più difficile la sostenibilità del costo delle prestazioni⁴³. Lo scorso 4 febbraio, l'attuale Ministro della salute ha presentato alla Commissione tecnica della Conferenza Stato, Regioni e Province autonome un nuovo schema di decreto finalizzato all'aggiornamento complessivo dei LEA: fra le nuove prestazioni lo schema di decreto contempla anche le prestazioni relative alla PMA omologa ed eterologa, ma, sino all'approvazione del nuovo d.P.C.M., le Regioni saranno costrette ad affrontare autonomamente le carenze o l'obsolescenza degli attuali LEA.

A fronte di tale situazione le Regioni in questi anni hanno, infatti, tentato di dare risposte in base ovviamente alla loro possibilità di spesa con la conseguenza che, in materia di PMA, si sono avute ben venti modalità differenti di assolvere le relative prestazioni soprattutto, ma non solo, in relazione alla individuazione dei costi e dei criteri di accesso alle terapie per le coppie⁴⁴. In generale è stato rilevato che la Toscana, il Piemonte, il Veneto, il Friuli-Venezia Giulia, la Campania, l'Umbria, la Valle D'Aosta e le Province autonome di Trento e di Bolzano, in anni differenti dal 2007 al 2013, hanno inserito le prestazioni relative alla PMA

(42) L'aggiornamento, ad esempio fu predisposto nell'aprile del 2008 dal Ministro della salute Livia Turco e nel dicembre del 2012 dal Ministro della salute Renato Balduzzi.

(43) La proposta di aggiornamento dei LEA trova i maggiori ostacoli alla sua approvazione «nei profili della sostenibilità economico-finanziaria del decreto e della sua compatibilità con l'aumento dei contributi alla finanza pubblica da ultimo imposti alle Regioni e alle PPAA.»: così, R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 2.

(44) I costi vanno dal semplice pagamento del *ticket* ambulatoriale, fino ai 2.000 euro previsti nell'Ospedale Pertini di Roma, ai 500 euro della Toscana, ai 1.000 del Veneto; quanto ai criteri di accesso alle prestazioni delle coppie, questi sono relativi all'età della madre, che può variare dai 42 ai 50 anni o addirittura nessuna limitazione di età, ma solo la verifica di essere ancora fertile; varia il numero di cicli ammessi e sostenuti da Sistema sanitario regionale (che può oscillare da 3 a 5 o essere illimitato). Altre differenze si registrano nelle modalità di inserimento della PMA nei sistemi regionali e nella determinazione dei costi *standard* da Regione a Regione e anche da ASL ad ASL. Questo è quanto è risultato da una ricognizione effettuata da più soggetti fra i quali la Conferenza Stato-Regioni e Cittadinanzattiva, i cui dati sono riferiti da M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel servizio sanitario*, cit., p. 1.

nei LEA regionali attraverso l'approvazione di delibere regionali; altre Regioni come la Lombardia, l'Emilia-Romagna, la Liguria, la Basilicata, la Sardegna, la Calabria, la Puglia hanno comunque integrato le metodiche della PMA fra le prestazioni offerte dal Servizio sanitario regionale, senza l'inserimento nei LEA regionali. Infine altre Regioni come il Lazio e l'Abruzzo non hanno emanato alcuna normativa esplicita. Il quadro, già estremamente variegato, si complica ulteriormente se si considera la grande variabilità delle modalità di individuazione delle tariffe, della codificazione delle prestazioni e dei costi standard⁴⁵. Appare chiaro che il mancato inserimento nei LEA regionali, soprattutto nelle Regioni del Meridione, favorisca la migrazione verso le Regioni che offrono la prestazione in strutture pubbliche o in strutture convenzionate. Ci sono Regioni come il Molise dove non esistono strutture pubbliche alle quali rivolgersi; in altre Regioni, come la Calabria, le coppie devono pagarsi integralmente il costo della prestazione, o altre, come la Puglia e la Sicilia, dove devono sostenere una parte rilevante del costo, che può oscillare da 1.000 a 1.770 euro a seconda del reddito delle coppie⁴⁶. A queste differenze si aggiungono quelle relative al limite dell'età della ricevente per essere ammessa alle prestazioni del Servizio sanitario regionale, che può variare dal compimento dei quarantuno anni, in Valle

(45) Ad esempio per la fecondazione in vitro (FIVET o ICSI) le differenze possono dipendere dall'ancorare la prestazione o al sistema ambulatoriale o al sistema di ricovero o ad entrambi; le Regioni spesso nell'individuazione della prestazione hanno fatto ricorso all'attribuzione di un codice DRG (*Diagnosis Related Group*), ossia l'individuazione di un gruppo di prestazioni che includono tutta la prestazione nel suo complesso, col paradosso che vengono utilizzati codici assolutamente diversificati che creano una serie di problemi per i rimborsi da Regione a Regione nel caso di mobilità dei pazienti. In alcune Regioni si è preferito includere le suddette prestazioni nella codificazione già esistente e quindi attribuendo alla fecondazione in vitro codici appartenenti ad altri gruppi tariffari di prestazioni. Solo a titolo di esempio la Campania ha generato un nuovo DRG, il 416 "Intervento chirurgico con diagnosi di altri contatti di servizio sanitario"; la Lombardia utilizza un doppio DRG, il 359 "Interventi sull'utero e annessi non di carattere oncologico" e il 365 "Altri interventi sull'apparato femminile"; il Veneto e il Lazio adottano come DRG il 359 "Interventi sull'utero e annessi non di carattere oncologico"; la Toscana, infine, ha inserito la dizione "Fecondazione in vitro" attraverso il nomenclatore ambulatoriale e ha applicato così anche uno dei costi più bassi fra tutte le Regioni. I dati sono riportati da M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel servizio sanitario*, cit., pp. 3-4.

(46) M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel servizio sanitario*, cit., p. 4.

d'Aosta e Umbria, a quello dei quarantasei anni in Veneto; e, ancora, ci sono le variazioni relative al numero di cicli erogati sempre dal Servizio sanitario regionale, anche questo estremamente diversificato potendosi prevedere Regioni senza limitazioni, come la Lombardia, e altre in cui il limite è fissato in tre cicli⁴⁷. In questa situazione la migrazione da una Regione all'altra trova spesso più ragioni oltre a quella economica, che rimane sicuramente prevalente a fronte di un costo molto elevato ed estremamente diversificato previsto dalle strutture private (dove la spesa oscilla fra i 3.000 e gli 11.000 euro per ciclo).

6. Le Regioni di fronte alla PMA eterologa

In questa situazione, dunque, di estrema diversificazione e soprattutto di protratta latitanza dello Stato, in cui le Regioni, sotto la spinta delle richieste assistenziali, hanno dovuto imparare a «far da sé»⁴⁸ non solo in materia di PMA, ma più in generale per supplire ai problemi causati dall'obsolescenza dell'elenco dei LEA, si inserisce anche la sentenza della Corte costituzionale sulla fecondazione assistita di tipo eterologo. Alla luce di quanto detto, sulla base dell'esperienza sperimentata in questi anni in materia di procreazione assistita omologa, appare sicuramente più comprensibile l'immediatezza della risposta delle Regioni di fronte alla decisione del Governo, maturata nell'agosto 2014, di rimettere sostanzialmente l'attuazione della sent. n. 162/2014 ad un successivo intervento legislativo⁴⁹. Nel corso del mese di settembre 2014, la Confe-

(47) I dati sono consultabili sul sito di Cittadinanzattiva: <http://www.cittadinanzattiva.it/faq/salute/maternita-fertilita/5579-procreazione-medicalmente-assistita.html>.

(48) Si veda, a proposito, la Relazione tecnica allo schema di d.P.C.M. recante «Nuova definizione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria», presentata dal Ministro della salute Beatrice Lorenzin il 4 febbraio del 2015, sulla base del Patto per la Salute 2014-2016, punto 2.1: «la obsolescenza del quadro definitorio del vecchio d.P.C.M. del 2001 sta provocando in molte realtà regionali, sotto la spinta delle urgenze assistenziali, un “fai da te” da parte delle singole Regioni che sta frantumando la unitarietà del sistema nazionale e dà luogo a scelte locali non controllate sotto il profilo dell'appropriatezza e dell'efficienza erogativa e della compatibilità con la programmazione economico-finanziaria nazionale». La Relazione è consultabile all'indirizzo: http://www.sanita.ilsole24ore.com/pdf2010/Sanita2/_Oggetti_Correlati/Documenti/Dal-Governo/Relazione%20Tecnica%20revisione%20LEA_Filigrana.pdf?uuid=98fc6e18-ae27-11e4-8615-6eac48d570d9.

(49) Si veda la lettera dell'8 agosto 2014 del Ministro Beatrice Lorenzin ai Capigruppo di Camera e Senato sulla fecondazione eterologa sul sito: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_saluteInforma_37_allegato.pdf.

renza delle Regioni e Province autonome ha concluso due accordi, nel tentativo di individuare delle Linee guida comuni. Nel primo accordo, del 4 settembre 2014⁵⁰, le Regioni, preso atto della decisione del Governo, si sono impegnate a condividere «la responsabilità di fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale, dimostrando capacità di *governance* nazionale». Per quanto riguarda il regime economico, l'accordo prima di tutto sottolinea che «Le Regioni e le Pp.AA. considerano che omologa ed eterologa, alla luce della sentenza della Corte costituzionale, risultano entrambe modalità di PMA riconosciute nei LEA, anche sulla scorta del parere favorevole espresso in sede di Conferenza Stato-Regioni del 29 aprile 2004 sul riparto delle risorse destinate a favorire l'accesso alle tecniche di PMA, previsto dall'art. 18 della legge 40/2004»; dunque «ai fini del riconoscimento economico, le Regioni e le Pp.AA. evidenziano la necessità di inserire nel d.P.C.M. di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014-2016, la PMA omologa ed eterologa». Per rendere omogeneo a livello nazionale l'accesso alle procedure della PMA eterologa, in attesa dei nuovi LEA, l'accordo soprattutto ha individuato, in via transitoria, specifici indirizzi operativi che le Regioni e le Province autonome sono chiamate a recepire con delibera della Giunta regionale o con altro provvedimento regionale. Nello specifico le Linee guida regionali prevedono la fissazione di un massimo di tre cicli a carico del Sistema sanitario regionale e individuano, ai fini dell'accesso alle terapie, il compimento del quarantatreesimo anno della ricevente⁵¹. Il se-

(50) L'accordo, dal titolo «Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014», è consultabile all'indirizzo: http://www.regioni.it/home_art.php?id=986.

(51) Nell'individuazione di tali limiti c'è chi ha visto un pericolo ulteriore di discriminazione basato su criteri soggettivi; in particolare si dubita della compatibilità di tali limiti con il requisito dell'appropriatezza indicato dal Patto per la Salute 2014-2016 quale criterio di individuazione dei livelli essenziali di assistenza e richiamato dallo stesso schema di decreto predisposto dal Ministro della salute quale specifico criterio di individuazione dei trattamenti di PMA, anche eterologa, che devono essere garantiti dal Sistema sanitario nazionale; lo schema indica un limite di età più elevato e rimette al medico la valutazione, caso per caso, sulla base delle condizioni di salute e di fertilità della donna. I requisiti posti dalle Linee guida regionali, invece, escluderebbero di fatto dalla rimborsabilità la maggior parte delle coppie tenuto conto che l'80% delle donne che fanno domanda di accesso alla PMA presenta un'età maggiore ai quarantatré anni;

condo documento, adottato il 25 settembre 2014⁵², si occupa dell'aspetto economico; l'accordo, infatti, è finalizzato alla definizione di una «tariffa unica convenzionale» a carattere transitorio, da individuarsi in attesa che la PMA (omologa ed eterologa) sia inserita nei LEA come stabilito nel Patto per la Salute 2014-2016; tale misura è tesa a permettere di garantire nell'immediato non solo l'esigibilità del diritto alla fecondazione assistita di tipo eterologo, ma anche di regolare le compensazioni fra enti conseguenti alla mobilità interregionale dei pazienti. Il documento conseguentemente ha individuato delle tariffe convenzionali comuni per tre tipologie generali di fecondazione eterologa⁵³. L'accordo, inoltre, pur lasciando a ciascuna Regione la possibilità di determinare la quota di compartecipazione alla spesa, ha condiviso in linea di massima il principio, conforme all'attuale normativa in materia di specialistica ambulatoriale, in base al quale tale somma dovrebbe essere pari alla quella dei *ticket* per le prestazioni previste ed effettuate per questa tecnica di fecondazione. In relazione, infine, alla compensazione riguardante le prestazioni effettuate in mobilità per pazienti provenienti da altre Regioni o Province autonome, l'accordo propone, in linea con quanto previsto nel Patto per la Salute, che ogni Regione o Provincia autonoma riceverà dalle altre la differenza tra la tariffa convenzionalmente definita e quanto già incassato attraverso i *ticket*. L'unica Regione che si è dichiarata espressamente fuori dall'accordo è la Lombardia che ha precisato in una delibera regionale che fino a quando le prestazioni di PMA non verranno ricomprese nel d.P.C.M. che individua i LEA, le stesse saranno a carico dell'assistito anche qualora venissero rese da strutture di altre Regioni.

Nonostante il tentativo di darsi delle direttive comuni, al fine di garantire uniformità nella prestazione, il seguito dato da ciascuna Regione alle

sul punto, si rinvia più ampiamente a R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 7.

(52) Il cui testo è consultabile all'indirizzo: <http://www.regioni.it/newsletter/n-2570/del-25-09-2014/fecondazione-eterologa-definizione-tariffa-unica-convenzionale-12974/>.

(53) La fecondazione eterologa con seme da donatore con inseminazione intrauterina: € 1.500 (compresi € 500 per i farmaci); la fecondazione eterologa con seme da donatore in vitro: € 3.500 (compresi € 500 per i farmaci); la fecondazione eterologa con ovociti da donatrice: € 4.000 (compresi € 500 per i farmaci).

Linee guida condivise a settembre è stato, anche in questo caso, molto diversificato. Al di là della particolarità della Lombardia, su cui si tornerà a conclusione, le Regioni sono state in alcuni casi costrette a discostarsi ampiamente da quanto definito in sede di Conferenza per lo più per ragioni finanziarie. Molte Regioni, infatti, si sono trovate nell'impossibilità di introdurre la PMA di tipo eterologo nei LEA regionali a causa della rigidità dei piani di rientro cui sono state sottoposte. È noto, infatti, che l'art. 1, comma 180, legge 311/2004 (legge finanziaria per il 2005), prevede che le Regioni «in cui siano stati accertati rilevanti disavanzi di gestione del Servizio sanitario regionale il cui ripiano non è conseguibile attraverso strumenti ordinari, stipulino un apposito accordo con lo Stato per individuare gli interventi necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico nel rispetto dei LEA»⁵⁴; tale accordo è accompagnato dal un programma operativo, *id est* il piano di rientro, di riqualificazione e potenziamento del Sistema sanitario regionale di durata massima fino a tre anni. Nel caso in cui la Regione sia sottoposta al piano di rientro, l'art. 1, comma 174, legge 311/2004, prevede espressamente il «divieto di effettuare spese non obbligatorie» nel periodo considerato nel piano; fra queste spese sono comprese, naturalmente, tutte quelle che non rientrano espressamente nell'elenco dei LEA⁵⁵. Ma vi è di più, infatti la situazione appare ulteriormente complicata nel caso della PMA eterologa, dato che fra le Regioni sottoposte al piano di rientro ve ne sono alcune che, nonostante il divieto previsto dalla legge 311/2004, hanno comunque dato seguito alle Linee guida regionali con atti propri; è il caso della Sicilia, che ha riconosciuto con decreto assessoriale del 29 dicembre 2014, n. 2277⁵⁶ la rimborsabilità delle prestazioni relative alla PMA etero-

(54) M. BELLENTANI, L. BUGLIARI, *La logica dei piani di rientro e il difficile equilibrio tra autonomia e responsabilità*, in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 393; allo stesso lavoro si rinvia per la comprensione dell'evoluzione normativa, degli obiettivi, del contenuto e delle modalità di verifica dei piani di rientro, *ivi*, p. 301 ss.

(55) Come sottolineato da R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 3.

(56) «Recepimento degli indirizzi operativi per le Regioni e le Province autonome, concordati ed approvati dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 4 settembre 2014, di cui al "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014", consultabile all'indirizzo: <http://pti.re>

rologa a carico del Servizio sanitario regionale, prevedendo come limite all'accesso il compimento del quarantatreesimo anno della madre. In questo specifico caso, fra l'altro, data la sostanziale assenza di strutture pubbliche nella Regione in grado di assolvere alla prestazione, la decisione finisce per trasformarsi anche in un indiretto vantaggio economico per le strutture private operanti sull'Isola⁵⁷.

A differenza della Sicilia, altre Regioni sottoposte ai piani di rientro hanno scelto una strada più *soft*, ma anche più ambigua, di adesione alle Linee guida; così l'Abruzzo, il Lazio, il Molise e la Puglia si sono limitate a recepire il documento approvato dalla Conferenza delle Regioni nel settembre del 2014 con proprie delibere⁵⁸, ma senza specificare nulla in relazione al regime di rimborsabilità, come se si interpretasse in maniera estensiva l'elenco dei LEA ricomprendendovi la PMA di tipo eterologo e si aggirasse così il divieto previsto nell'art. 1, comma 174, legge 311/2004⁵⁹; le delibere, fra l'altro, a conferma di quanto detto, in alcuni casi riportano espressamente la precisazione «il presente provvedimento [...] non comporta oneri a carico del bilancio regionale»⁶⁰, dando, dunque, per implicito che la spesa rientri fra quelle previste nei LEA e quindi a carico dello Stato. L'atteggiamento delle Regioni appena considerato rischia, tuttavia, di trovare ostacoli sia presso la Corte dei Conti,

gione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR_PORTALE/PIR_LaStrutturaRegionale/PIR_AssessoratoSalute/PIR_Decreti/PIR_Decreti2014/PIR_Provvedimentiorganiindirizzopolitico.

(57) La Sicilia, il Lazio, la Campania, la Puglia e la Calabria sono le Regioni dove maggiormente risulta concentrato il monopolio del settore privato in materia di PMA; cfr., sul punto M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel servizio sanitario*, cit., p. 2.

(58) Per la Regione Abruzzo si veda la delibera della Giunta regionale del 23 settembre 2014, n. 602 reperibile sul sito: <http://www.iss.it/r/docu/cont.php?id=343&lang=1&tipo=12>. Per la Regione Lazio si veda la delibera della Giunta regionale del 16 settembre 2014, n. 599, consultabile sul sito: http://www.quotidianosanita.it/allegati/create_pdf.php?all=6123277.pdf. Per la Regione Molise si veda la delibera della Giunta regionale 13 ottobre 2014, n. 525, consultabile sul sito: <http://www3.molisedati.it/bollettino/ricerca6.php?anno=2014>. Per la Regione Puglia si veda la delibera della Giunta regionale del 9 ottobre 2014, n. 2065 consultabile sul sito: <http://www.iss.it/binary/rpma/cont/eterologa.pdf>.

(59) Come sottolinea R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 4, si veda particolarmente la nota 17.

(60) Cfr. Regione Lazio, delibera della Giunta regionale del 16 settembre 2014, n. 599, cit.

che recentemente ha rilevato come il protrarsi del *deficit* a causa della spesa sanitaria potrebbe arrivare a mettere in forse l'attuale assetto dei LEA, facendo emergere *deficit* assistenziali nelle Regioni che presentano i maggiori problemi⁶¹, sia presso la Corte costituzionale la cui giurisprudenza, da ultimo, è giunta a mettere in discussione, in relazione al diritto alla salute, l'esistenza di un contenuto essenziale ed irriducibile di tutela⁶² non bilanciabile con le scelte economico-finanziarie, arrivando a dichiarare l'illegittimità di leggi di Regioni sottoposte al piano di rientro, ma che prevedevano il rimborso di prestazioni fondamentali come le cure oncologiche, dalle quali derivavano comunque oneri aggiuntivi per il bilancio regionale finalizzati a «garantire un livello di assistenza supplementare in contrasto con gli obiettivi di risanamento del piano di rientro» e, dunque, per questo considerate lesive del «principio di contenimento della spesa pubblica sanitaria»⁶³.

Nelle vicende appena descritte, aperte dalla PMA di tipo eterologo, si arriva ad intravedere, fra veti, astensioni, assunzione di responsabilità a tutela di diritti, rigidità di bilancio e controlli giurisdizionali, una sorta di corto circuito istituzionale che solo lo Stato con l'aggiornamento dei LEA può far venir meno. Forse maggiormente consapevole di tali rischi connessi al piano di rientro, la Regione Piemonte⁶⁴, più prudentemen-

(61) Sul punto si rinvia a R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 4, che cita la Relazione della Corte dei Conti sulla gestione finanziaria per l'esercizio 2013, consultabile sul sito http://www.corteconti.it/attivita/controllo/finanza_pubblica/fisco_tributi_canoni/delibera_29_2014_sezaut/.

(62) Sul concetto di "contenuto irrinunciabile" o "minimo essenziale" dei diritti sociali individuato dalla Corte costituzionale ci si limita a rinviare a M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, Torino, Utet, 2013, p. 140 ss.; con riferimento al diritto alla salute, si vedano: E. CAVASINO, *Il diritto alla salute come diritto "a prestazioni"*. Considerazioni sull'effettività della tutela, cit., p. 336 ss.; F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2013, p. 8 ss.; F. COVINO, *Tutela della salute, vincoli europei di bilancio e ruolo della Corte costituzionale*, in *Menabò di Etica ed economia*, in www.eticaeconomia.it, 12, 2014, p. 1 ss.

(63) Corte cost., sent. n. 104 del 2013, pt. 4.2 del Considerato in diritto. Anche questo aspetto è ben evidenziato da R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., pp. 4 e 5, che sottolinea: «se la Corte non ha ammesso che le Regioni sottoposte a piano di rientro riconoscano ai cittadini la rimborsabilità di trattamenti salvavita, *a fortiori* dovrebbe negarsi la legittimità costituzionale di norme tese a garantire la rimborsabilità dei trattamenti di fecondazione assistita di tipo eterologo».

(64) Regione Piemonte, delibera della Giunta regionale 15 settembre 2014, n. 12-311, consultabile sul sito: <http://www.iss.it/rpma/docu/cont.php?id=330&lang=1&tipo=12>.

te, ha recepito le Linee guida regionali, rinviando tuttavia nella delibera ad un «successivo provvedimento la quantificazione economica della prestazione di PMA di tipo eterologo, in analogia agli indirizzi nazionali in corso di definizione».

Più attente alle ragioni dei diritti sono naturalmente risultate alcune delle Regioni non sottoposte ai piani di rientro. Fra queste, in particolare va evidenziato il caso della Toscana che si è fatta promotrice dell'assunzione delle Linee guida da parte della Conferenza delle Regioni e Province autonome e che ha permesso, grazie alla sua rapida risposta, di garantire la prestazione già nel mese di ottobre del 2014. Insieme alla Toscana le Regioni Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Marche e Umbria hanno adottato delibere⁶⁵ nelle quali, in adesione alle condizioni previste nel documento del 4 settembre del 2014, si sono impegnate a rimborsare le prestazioni relative alla PMA eterologa a carico del Servizio sanitario regionale.

Certamente più sensibili al profilo economico si rivelano le posizioni attendiste delle Regioni Liguria e Veneto⁶⁶ che hanno adottato delibere nelle quali la definizione dei costi rinvia, nel caso della Liguria al d.P.C.M. di aggiornamento dei LEA preannunciato nel Patto della Salute 2014-2016; nel caso del Veneto ad un successivo atto giuntale di definizione delle tariffe, della quota di compartecipazione della spesa da parte dei pazienti e, infine, dei criteri per la rimborsabilità ad altre Regioni in caso di mo-

(65) Regione Toscana, delibera della Giunta regionale 6 ottobre 2014, n. 837, consultabile sul sito: <http://www.regione.toscana.it/documents/10180/12011501/PARTE+II+n.+42+del+22.10.2014.pdf/3874f8a2-e6aa-43be-8eb8-485d09351af6>; Regione Emilia-Romagna, delibera della Giunta regionale 11 settembre 2014, n. 1487, consultabile sul sito: http://www.saluter.it/documentazione/leggi/regionali/delibere/Dgr_1487_2014_eterologa_BUR.pd; Regione Friuli-Venezia Giulia, delibera della Giunta regionale 12 settembre 2014, n. 1666, consultabile sul sito: http://www.mtom.regione.fvg.it/storage//2014_1666/Testo%20integrale%20della%20Delibera%20n%201666-2014.pdf; Regione Marche, delibera della Giunta regionale 8 settembre 2014, n. 1014, consultabile sul sito: http://www.cecos.it/images/Home%20page/Delibera%20Regione%20Marche%20DGR1014_14.pdf; Regione Umbria, delibera della Giunta regionale 15 settembre 2014, n. 1142, consultabile sul sito: http://www.iss.it/binary/rpma/cont/eterologa_DGR_1142_2014.pdf.

(66) Regione Liguria, delibera della Giunta regionale 5 settembre 2014, n. 1118, consultabile sul sito: <http://www.iterg.regione.liguria.it/Documenti.asp?comando=Ricerca&AnnoProc=2014&NumProc=4711&Emanante=>; Regione Veneto, delibera della Giunta regionale 9 settembre 2014, n. 1654, consultabile sul sito: <http://www.bur.regione.veneto.it/Burvservices/pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=281661>.

bilità. Le rimanenti Regioni e le Province autonome si sono confinate nel limbo della non decisione non dando alcun seguito al documento del 4 settembre e dunque alla possibilità di attuare la fecondazione eterologa. Infine, come si è anticipato, particolare è il caso della Lombardia⁶⁷ in cui con una delibera giuntale si è escluso aprioristicamente che la Regione si faccia carico delle prestazioni relative alla PMA eterologa o che ne rimborsi il costo che i pazienti sostengono presso altra Regione, in attesa dell'aggiornamento dei LEA fissati con d.P.C.M.; sicché per le coppie che risiedono in Lombardia l'unica possibilità è quella di sostenere interamente il costo della prestazione con evidente discriminazione rispetto ai residenti in altre Regioni. La posizione così rigida ha già causato, come era del resto prevedibile, alcuni ricorsi al giudice amministrativo, ancora in via di definizione nel merito⁶⁸, ma il Consiglio di Stato, in data 9 aprile 2015, ha sospeso in via cautelare la delibera regionale⁶⁹. Va rilevato, inoltre, che la decisione della Lombardia ha un peso specifico di rilievo se letta in re-

(67) Regione Lombardia, delibere della Giunta regionale del 12 settembre 2014, n. 10/2344 e 7 novembre 2014, n. 10/2611, consultabili sul sito: <http://www.iss.it/rpma/docu/cont.php?id=328&lang=1&tipo=12>.

(68) Si tratta di due ricorsi al TAR Milano per i quali era stato richiesto oltre che l'annullamento anche la sospensione cautelare della delibera della Regione Lombardia che prevede il pagamento per la PMA eterologa, con costi tra i 1.500 e i 4.000 euro, interamente a carico del paziente; la sospensione cautelare, respinta dal TAR per carenza del *periculum* nel dicembre del 2014, è stata accolta dal Consiglio di Stato nell'aprile del 2015; sul punto si veda la nota successiva. La delibera regionale prevede inoltre il blocco dell'apertura di nuove strutture per la PMA e, secondo i ricorrenti, viola non solo il diritto alla salute dei cittadini ma anche la libertà di concorrenza. I ricorsi sono stati presentati dall'associazione Sos Infertilità e da una società di medici milanesi che lavora nella sanità privata. A questi si è aggiunto, da ultimo, anche un terzo ricorso, presentato dalla ONLUS Medicina democratica. Sui ricorsi, cfr. R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 6, nota 28.

(69) Nelle more della correzione del presente lavoro, si è avuta notizia dell'ordinanza n. 1686 del 9 aprile 2015 con la quale il Consiglio di Stato, III sez., ha accolto la domanda di sospensione in via cautelare della delibera della Regione Lombardia. Nell'ordinanza il Consiglio di Stato afferma: «pur nell'ambito della complessità e della delicatezza proprie delle questioni proposte, allo stato sembra condivisibile la censura di disparità di trattamento sotto il profilo economico tra la procreazione medicalmente assistita omologa e quella eterologa, stante l'incontestata assunzione a carico del SSR lombardo – salvo il pagamento di *ticket* – della prima». Inoltre va tenuto in conto che «quanto al diritto alla salute inteso come comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica, “non sono dirimenti le differenze” tra fecondazione di tipo omologo ed eterologo. L'ordinanza è reperibile all'indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/DocumentViewer/index.html?ddocname=N74FBQWP6JIOKZK7AK7JPBCOCM&q=procreazioneoreterologa>.

lazione ai dati che si hanno sulle prestazioni relative alla PMA omologa in vitro, aggiornati al 2014⁷⁰, in base ai quali la Lombardia risulta essere la Regione che ha realizzato non solo il maggior numero di cicli, pari a 13.131, ma anche quella che presenta il maggior numero di prestazioni erogate nel servizio pubblico (5.193 cicli realizzati nelle strutture pubbliche, al secondo e terzo posto si collocano la Toscana, con un totale di 6.105 cicli di cui 1.716 in strutture pubbliche, e l'Emilia-Romagna, con 5.308 cicli di cui 3.462 in centri pubblici); il dato, se confrontato con la bassa offerta delle strutture pubbliche della maggior parte delle Regioni, soprattutto meridionali, acquista un peso sicuramente maggiore; la decisione della Lombardia rende di fatto inutilizzabile, ai fini della PMA di tipo eterologo, una parte considerevole dell'offerta pubblica potenziale.

7. Conclusioni

La vicenda della PMA, sia omologa che eterologa, rende chiaramente visibili gli effetti estremamente negativi del cattivo funzionamento della «dimensione *verticale* dell'organizzazione costituzionale dei poteri» e dell'immediata incidenza che questo ha sull'universalità dei diritti⁷¹. Quello in studio, tuttavia, rappresenta un caso particolare perché mostra le conseguenze negative non tanto del cattivo funzionamento dei livelli decentrati, per i quali è previsto comunque il potere sostitutivo, ex art. 120 Cost., quanto, a monte, l'assenza del ruolo unificante della dimensione dei diritti affidato allo Stato, la cui conseguenza non si manifesta solo nella riduzione della quantità e qualità dei diritti, ma nella ben più insidiosa scissione fra nazionalità e cittadinanza. È il concetto di cittadinanza e il suo corredo di diritti e doveri che viene messo in discussione. La vicenda narrata dimostra concretamente come i problemi di compatibilità finanziaria del costo dei diritti stiano determinando

(70) I dati sono riportati da M.P. COSTANTINI, *La procreazione medicalmente assistita nei Livelli essenziali di assistenza per garantire prestazioni uniformi e trasparenti nel Servizio sanitario*, cit., p. 2.

(71) M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito, dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*), in *Politica del diritto*, 2002, p. 346. Quel cattivo funzionamento è rivelatore dell'imperfeita adeguazione della parte organizzativa [della Costituzione] alle finalità cui dovrebbe informarsi: C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 222.

proprio una contrapposizione fra quelle che possiamo definire (oramai) le tante cittadinanze che emergono (a livello regionale) e la violazione dei principi fondamentali della nostra forma di Stato, quali il principio di unità della Repubblica (art. 5 Cost.), il principio solidaristico (art. 2 Cost.) e il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Per molti anni, per lo meno da quando si è avviato, sul finire degli anni Novanta del Novecento, il processo di accentuazione delle forme di autonomia e decentramento della forma di Stato – soprattutto attraverso la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione – la riflessione dei giuspubblicisti si è rivolta allo studio delle conseguenze sui diritti, della maggiore autonomia degli enti substatali e, conseguentemente, degli strumenti per garantirne l'omogeneità, come i LEA. Attualmente, invece, e il caso PMA ce lo dimostra, l'aspetto che viene sempre di più messo in discussione è la sostenibilità economica del *welfare sanitario* rispetto alla quale la determinazione dei LEA perde sempre di più quel ruolo fondamentale di garanzia di uniformità e essenzialità della tutela dei diritti per assumere quello di strumento di contenimento e di controllo della spesa pubblica. La vicenda della PMA sembra emblematica in tal senso; non solo dimostra che le Regioni sottoposte ai piani di rientro hanno perso ogni possibilità di adeguare ai bisogni del territorio la loro offerta sanitaria e sono oggi obbligate ad attenersi solo a ciò che è appunto previsto per l'organizzazione dell'offerta dei LEA⁷², ma per anni il ritardo nell'adeguamento degli elenchi delle prestazioni essenziali, e nel caso specifico il mancato inserimento in quell'elenco delle cure relative alla PMA ha spostato sulle Regioni l'intero costo delle prestazioni. Il risultato è stato sicuramente positivo se si considerano le ragioni del bilancio dello Stato, mentre se si considerano le ragioni della "Costituzione dei diritti" la vicenda della PMA mostra irrimediabilmente la fragilità di quelle ragioni sotto la spinta delle esigenze sempre più cogenti della "Costituzione finanziaria".

(72) Come sottolineato opportunamente da E. CAVASINO, *Il diritto alla salute come diritto "a prestazioni"*. Considerazioni sull'effettività della tutela, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, cit., p. 352, «la conseguenza è che i Servizi sanitari regionali delle Regioni in deficit o inadempienti alla disciplina relativa all'erogazione dei LEA sono stati trasformati in complessi di strutture organizzati soltanto per assicurare la garanzia dei LEA».

