

Sull'apporto delle dinamiche del diritto amministrativo alla tutela della decisione di avere figli con la tecnica della PMA eterologa: dalla "relativizzazione" del vuoto normativo all'orizzonte delle generazioni future

Francesco Siciliano*

ABOUT ADMINISTRATIVE LAW AND JURISPRUDENCE INPUTS TO THE DECISION TO HAVE A CHILD BY HETEROLOGOUS FERTILIZATION: FROM A REGULATORY VACUUM TO THE POSSIBLE GOAL OF PROTECTING FUTURE GENERATIONS

Abstract: The paper highlights the contribution given by administrative law and jurisprudence to the debate around the right to have a child through heterologous fertilization, after the regulatory vacuum resulting from important judgments by the Italian Constitutional Court. This field represents an interesting test field for the role of public administration in protecting the choice to have a baby via heterologous fertilization, also paying due attention to financial issues and the rights of future generations.

KEYWORDS: Administrative law and jurisprudence; heterologous fertilization; regulatory vacuum; financing problems; future generations

SOMMARIO: 1. Breve inquadramento introduttivo sull'importanza del rapporto tra diritto amministrativo e PMA eterologa – 2. I termini del paradosso amministrativo rispetto all'idea di vuoto normativo susseguente ai noti interventi della Consulta e le due prospettive speculari sulla decisione di diventare genitori attraverso il ricorso alla PMA eterologa, con riferimento ai LEA – 3. La prospettiva della pubblica amministrazione: a) il problema organizzativo e finanziario, in ambito sanitario, alla luce dello spartiacque legislativo tra Regioni "virtuose" e Regioni "non virtuose" – 4. (*segue*): b) dalla differenziazione regionale di tipo finanziario a quella assiologica: la discrezionalità amministrativa delle Regioni "virtuose" alla prova del limite di non discriminazione fissato dalla Consulta ed il problema dell'autorizzazione alla realizzazione di struttura sanitaria in ambito locale – 5. La prospettiva del privato bisognoso: la nevralgica posizione garantista della giurisprudenza amministrativa e la strada della dequotazione formale "costituzionalmente orientata" dall'incomprimibilità del diritto – 6. Considerazioni conclusive sul metodo di approccio della giurisprudenza amministrativa al tema – 7. (*segue*): Brevi osservazioni finali sulla suggestione, lungo i binari del diritto amministrativo, di un possibile legame, in prospettiva, tra PMA e tutela delle generazioni future e del loro diritto alla bigenitorialità.

* Francesco Siciliano, Ricercatore confermato e professore aggregato in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Messina. Mail: fsiciliano@unime.it.

1. Breve inquadramento introduttivo sull'importanza del rapporto tra diritto amministrativo e PMA eterologa

È di agevole riscontro che il piano di studio del diritto amministrativo sia attivissimo laboratorio per testare il livello di tutela dei diritti fondamentali sottesi alla PMA, sia attraverso la progressione e la variabilità delle istanze di erogazione della prestazione, sia attraverso le risposte della pubblica amministrazione (non solo sanitaria; v. *infra*), sia attraverso gli snodi ermeneutici della giurisprudenza amministrativa.

Il suo dinamismo certamente contribuisce non solo a rendere più nitido ciò che appare sfocato, ma, a monte (ed in maniera assolutamente preliminare), ad evidenziare il ruolo nevralgico¹ svolto, in particolare, dalla giurisprudenza amministrativa.

A questo punto, è imprescindibile, però, un richiamo – il più possibile compreso e strumentale all'ambito prescelto – alla disciplina giuridica di settore modellata dai plurimi ed ormai noti interventi della Corte costituzionale².

Gli stessi hanno, infatti, influenzato la diffusione dell'idea (o, forse, delle diverse idee) di “vuoto” normativo, vero *punctum dolens* di vivace attualità e particolarmente avvertibile sin dalle immediate reazioni amministrative, finalizzate a colmarlo, o meglio, ad adeguarlo ed aggiornarlo.

Il nostro punto di partenza è, ovviamente, costituito dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40, la quale, com'è noto, «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana», ha consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, in assenza di «altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (art. 1, commi 1 e 2); ma, nello stesso tempo, ha fortemente condizionato l'esercizio del diritto alla genitorialità, ponendo, per la prima volta in assoluto, nel nostro contesto ordinamentale, il divieto secco di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo³.

¹ Di cui pare non aversi una piena contezza sistematica.

² Per il resto, rinviandosi alla dottrina sul tema; cfr., per un basilare riferimento, S. AGOSTA, *Tra disegni compiuti e tasselli ancora mancanti: mosaici giurisprudenziali (sopranazionali ed interni) a proposito della decisione di diventare genitori e procreare (ovvero di non farlo)*, in *OIDU*, 2019, 2019 ss.; ID., *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, in *Consulta Online*, 2012, nonché in www.biodiritto.org; ID., *L'anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla L. n. 40/2004*, in *Biolaw Journal*, 2, 2014, 474 ss.; ID., *Disaffezione alla disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita (ed i possibili rimedi per attenuarla)*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, in *Atti delle giornate di studio svolte a Messina* (5-6 maggio 2016), a cura di S. AGOSTA, G. D'AMICO, L. D'ANDREA, Napoli, 2017, 193 ss.

³ Prima dell'entrata in vigore del L. n. 40/2004, i presupposti di attivazione della PMA eterologa, della cui liceità non si dubitava, erano contenuti in circolari (nn. 55/85 e 17/92) ed ordinanze (5 marzo 1997) del Ministero della Sanità, così come erano presenti sul territorio nazionale quasi 400 centri specializzati. Nel testo originario, precedente agli interventi della Consulta, com'è noto, l'art. 4, comma 3, poneva il suddetto divieto in maniera assoluta; l'art. 9, commi 1 e 3 disciplinava le conseguenze della violazione del divieto nell'ambito del diritto di famiglia (inammissibilità dell'azione di disconoscimento di paternità e divieto ex lege di riconoscimento di alcuna relazione giuridica con il nato da parte del donatore di gameti); l'art. 12, comma 1, prevedeva, invece, le conseguenze della violazione del suddetto divieto in ambito amministrativo («chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'art. 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro»).

Il suddetto divieto ha precluso l'integrale recepimento della direttiva n. 2006/17/CE⁴, da parte del D.Lgs. n. 16/2010⁵ e s.m.i.⁶, sotto il profilo della determinazione dei parametri medico-scientifici per la selezione di cellule riproduttive dei donatori estranei alla coppia.

La traccia lasciata dalla Consulta sul punto (o, comunque, su ambiti oggettivamente conferenti⁷) è segnata dalla basilare istanza di neutralizzare la portata discriminatoria del divieto in esame, nei confronti delle situazioni familiari maggiormente penalizzate, rispetto alla possibilità realizzativa del progetto genitoriale, ossia in caso di sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile della coppia (Corte costituzionale del 10 giugno 2014, n. 162⁸), o – senza discernimento tra PMA omologa ed eterologa – in caso di coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti a determinati criteri di gravità (Corte costituzionale del 5 giugno 2015, n. 96⁹).

Ne è, giocoforza, derivata l'estensione dell'alveo applicativo dell'art. 5, L. n. 40/04 anche alla PMA eterologa, compresa la riserva, ivi contenuta, dell'attuabilità della decisione di diventare genitori solo da parte delle «coppie di maggiorenti di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi»¹⁰.

Quale effetto degli interventi della giurisprudenza costituzionale, va, parimenti, segnalata la propulsione impressa dalla legge di stabilità 2016¹¹ alla definizione ed all'aggiornamento dei LEA¹² risalente al D.P.C.M. 29 novembre 2001 – incombenza imposta ex art. 1, comma 7¹³, decreto legislativo 30 di-

⁴ A sua volta attuativa della direttiva 2004/23/CE, relativa a determinate prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento ed il controllo di tessuti e cellule umani e successivamente modificata dalla direttiva n. 2012/39/UE.

⁵ Avente pure ad oggetto la determinazione di prescrizioni tecniche per la donazione, l'approvvigionamento ed il controllo di tessuti e cellule umani, nonché per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

⁶ D.Lgs. 30 maggio 2012, n. 85, che ha apportato modifiche ed integrazioni all'allegato III del D.Lgs. n. 16/2010 cit.

⁷ Sulla medesima linea ampliativa dell'ambito applicativo della tecnica di PMA (in genere) si era, invero, già posta la sentenza della Corte costituzionale n. 151 dell'8 maggio 2009, in www.cortecostituzionale.it, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 14 della L. n. 40/04 (rubricato *Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni*), laddove limitava la creazione degli embrioni (ai fini della PMA) ad un numero non superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore a tre (comma 2).

⁸ In www.cortecostituzionale.it.

⁹ Ovvero «quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica e psichica della donna» ex art. 6, comma 1, lett. b), L. n. 194/78, sulle ipotesi di ammissibilità dell'interruzione volontaria della gravidanza. In www.cortecostituzionale.it.

¹⁰ Come si vedrà, utile, ma, al tempo stesso, problematica guida nell'individuazione dei soggetti legittimati all'esercizio di tale diritto.

¹¹ Cfr. art. 1, commi 553, 554 e 559, L. 28 dicembre 2015, n. 208.

¹² Su cui v. subito *infra*.

¹³ A mente del quale, com'è noto: «Sono posti a carico del Servizio sanitario le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate. Sono esclusi dai livelli di assistenza erogati a carico del Servizio sanitario nazionale le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che: a) non rispondono a necessità assistenziali tutelate in base ai principi ispiratori del Servizio sanitario nazionale di cui al comma 2; b) non soddisfano il principio dell'efficacia e

cembre 1992, n. 502 – sempre con la stessa modalità di regolamentazione amministrativa (D.P.C.M. 2 gennaio 2017¹⁴, la cui concreta operatività è, tuttavia, condizionata all’approvazione ministeriale delle relative tariffe) e secondo ritmi potenzialmente più accelerati (ma non in atto e non strutturati a sedare le incertezze applicative).

È altrettanto noto, infine, che ancora non è intervenuta alcuna disposizione legislativa sulla tecnica di fecondazione eterologa, dopo la parziale caduta del divieto, e che è *in itinere* la procedura di approvazione dello schema di regolamento di delegificazione attuativo delle norme tecniche europee, precedentemente eclissate¹⁵.

2. I termini del paradosso amministrativo rispetto all’idea di vuoto normativo susseguente ai noti interventi della Consulta e le due prospettive speculari sulla decisione di diventare genitori attraverso il ricorso alla PMA eterologa, con riferimento ai LEA

L’incertezza sull’ambito di operatività giuridica (e tecnica) della PMA (in particolare di quella eterologa), conseguita agli approdi della giurisprudenza costituzionale, ha stimolato un particolare impegno, da parte del diritto amministrativo, chiamato a fronteggiare istanze sempre più diversificate, ma tutte, a vario titolo, riconducibili alla decisione di diventare genitori, simbolico *totem* di incoercibilità dei diritti fondamentali a protezione costituzionale (soprattutto per merito della citata sentenza della Consulta n. 162/2014).

La curiosità di osservare empiricamente il funzionamento della macchina amministrativa, di fronte a sempre nuove ed eterogenee sollecitazioni (accomunate dalla rilevanza strumentale della PMA eterologa), è alimentata dall’obiettivo singolarità dell’esitante quadro normativo interno, poco sopra sintetizzato.

Tale dato risulta perfino paradossale nel nostro campo di indagine.

dell’appropriatezza, ovvero la cui efficacia non è dimostrabile in base alle evidenze scientifiche disponibili o sono utilizzati per soggetti le cui condizioni cliniche non corrispondono alle indicazioni raccomandate; c) in presenza di altre forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze, non soddisfano il principio dell’economicità nell’impiego delle risorse, ovvero non garantiscono un uso efficiente delle risorse quanto a modalità di organizzazione ed erogazione dell’assistenza».

¹⁴ Con il quale si registra l’apertura all’inserimento nel nuovo nomenclatore della specialistica ambulatoriale di tutte le prestazioni necessarie nelle diverse fasi del percorso di procreazione medicalmente assistita, omologa ed eterologa; nonché all’erogazione di un contributo regionale, per tutte le spese connesse alle prestazioni di raccolta, conservazione e distribuzione di cellule riproduttive finalizzate alla PMA eterologa. L’entrata in vigore del suddetto D.M. è condizionata all’approvazione delle tariffe, fino alla quale rimane in vigore il precedente D.M.

¹⁵ Non è certo nuova l’opzione di affidare tali operazioni attuative, in cui prevale la componente tecnico-scientifica ad una fonte regolamentare (in specie, il D.P.R.). Allo stato, il Consiglio di Stato è intervenuto in sede consultiva con due pareri (il primo interlocutorio; il secondo definitivo) sullo schema di regolamento approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 aprile 2019. Cfr. Cons. St., Sez. cons., 23 maggio 2019 n. 01605 e 6 giugno 2019, n. 01732, entrambi in www.giustizia-amministrativa.it. L’*iter* prevede il passaggio presso le Commissioni parlamentari e, successivamente, l’approvazione definitiva da parte del Consiglio dei Ministri. È certo che tale disciplina farà chiarezza su specifici problemi tecnici, in relazione ai quali, nonostante l’edulcorazione del suddetto divieto e nonostante i moniti sovranazionali, non è stato ancora portato a compimento il recepimento della disciplina europea sulle cellule riproduttive provenienti da donatori esterni alla coppia.

Di fronte all'incalzare di esigenze basilari, la pubblica amministrazione¹⁶ non può comunque sottrarsi alla doverosa regolamentazione del caso concreto, anche quando la sua guida – la normazione di rango primario – risulti appannata.

Per portare a compimento la propria missione in maniera funzionale e non meramente formalistica, deve individuare nitidamente lo specifico bisogno – oggetto della domanda di prestazione amministrativa – e la sua esatta portata assiologica, risultante dal metodo comparativo.

Il paradosso, allora, sta nel fatto che la segnalata inadeguatezza – o, se si preferisce, frammentarietà – del quadro normativo rappresenta, nel nostro settore, una favorevole occasione di approfondimento della portata del bisogno di cui sopra.

La decisione di diventare genitori è chiaramente insuscettibile di una concettuale *reductio ad unitatem*, risultando, invece, sensibile all'evoluzione degli interessi, dell'idea di famiglia, dell'idea di vita umana e sociale¹⁷.

Si vuole dire che, forse, nel caso di specie, la carenza legislativa può ricondursi – secondo la filosofia del bicchiere mezzo pieno e fuori dalla comune rassegnazione all'aporia metodologica – al non insensato imbarazzo derivante dall'impossibilità oggettiva di fissare, una volta per tutte, i limiti tecnico-scientifici, economico finanziari e giuridici del ricorso alla PMA eterologa.

Solo, infatti, nel contesto del caso concreto, è possibile misurare la congruità di tutela e l'effettività di quella che, convenzionalmente, definiamo “decisione” di diventare genitori attraverso la PMA di tipo eterologo; ed è, allo stesso tempo, il caso concreto, prima sottoposto all'amministrazione competente, ed eventualmente in seconda battuta, al vaglio giurisdizionale, a creare il problema amministrativo, prima, e la spinta verso una più soddisfacente tutela idonea alla creazione della regola generale, poi¹⁸.

Nel prosieguo, si tenterà, dunque, di evidenziare il contributo delle dinamiche amministrative alla determinazione del contenuto del bisogno fondamentale di diventare genitori (tramite la tecnica indicata), prima ancora del suo livello di attuazione – del quale la pubblica amministrazione è, in qualche modo, leva motrice – sia nel presente sia nel futuro¹⁹.

Va subito rimarcato che, nel nostro ambito – più che l'esatta focalizzazione del contenuto del diritto – conta la modalità giuridica di esercizio della decisione di diventare genitori, ossia la domanda di prestazione sanitaria.

È appena ovvio, infatti, che la postulazione degli assiomi enucleati dalla Consulta si traduce “amministrativamente” nell'erogazione della prestazione sanitaria, avente a oggetto la PMA (in particolare, quella eterologa), da parte del Servizio Sanitario.

¹⁶ In particolare, quella sanitaria.

¹⁷ E, in proiezione, dell'idea di genere umano; v. *infra*.

¹⁸ Pur sempre nella consapevolezza di trovarsi in una condizione di sostanziale mutevolezza, *in primis* condizionata dalla rapida evoluzione della scienza.

¹⁹ Quel che interessa, dunque, nel prosieguo evidenziare sono proprio i tratti emergenti del ruolo equilibratore e compensatore della sfera giuridica amministrativa (sia sostanziale che processuale), la quale deve inevitabilmente confrontarsi con le sollecitazioni della vita quotidiana.

Ed è altrettanto ovvio che la segnalata esitazione legislativa dopo i ritocchi della Corte costituzionale al D.Lgs. n. 40/04 si declina, *ictu oculi*, nel tema dell'inclusione (o della mancata inclusione) della PMA nei LEA²⁰.

Il diritto amministrativo se ne è fatto carico da due prospettive speculari: quella dell'amministrazione erogatrice del servizio, da un lato, e quella dei richiedenti la prestazione sanitaria in esame, dall'altro. È evidente che, dal primo punto di vista, la dinamica amministrativa si sviluppa sull'organizzazione (o, meglio, sulla riorganizzazione) dell'assistenza in tema di PMA (omologa ed eterologa) e delle attività propedeutiche; mentre, dal secondo angolo visuale, spicca l'elaborazione della giurisprudenza amministrativa, la quale ha spesso raccolto le doglianze dell'utenza insoddisfatta dalle regole amministrative adottate, in ordine all'accesso alla tecnica della PMA (non solo) eterologa in ambito nazionale ed a carico del Servizio Sanitario.

Le due prospettive, proprio in ragione della suggerita specularità, interagiscono senza soluzione di continuità e rappresentano probabilmente, nel complesso, la sede istituzionale di dialogo tra aspiranti pazienti e servizio pubblico, nella quale trovare reciproci spunti di riflessione.

Per questo motivo, se ne tratterà separatamente solo per ragioni espositive, ferma l'avvertenza della loro sinergica promiscuità.

3. La prospettiva della pubblica amministrazione: a) il problema organizzativo e finanziario, in ambito sanitario, alla luce dello spartiacque legislativo tra Regioni "virtuose" e Regioni "non virtuose"

Sotto il primo versante (quello della prestazione pubblica del servizio sanitario *de quo*), campeggia lo scontro tra ogni iniziativa di adeguamento alle indicazioni della Consulta – inclusive della PMA eterologa (come l'omologa) tra i presidi sanitari a tutela del nucleo irriducibile della salute (del singolo genitore e della coppia) – ed il "problema finanziario".

Infatti, nel nostro caso, il modello di amministrazione contabile di matrice europeista – ispiratore della riforma costituzionale del 2012 ed attento alle esigenze di equilibrio di bilancio, di oculatezza della spesa e di abbattimento dell'indebitamento – ha fatto sentire tutto il suo peso in ambito regionale²¹.

In difetto di un esplicito indirizzo normativo sulla PMA eterologa, prima del D.P.C.M. 2 gennaio 2017, la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome²² aveva approvato delle linee guida²³ – prive

²⁰ Il tema dei LEA è vastissimo e di interesse multidisciplinare. Per un inquadramento di carattere generale, ai nostri fini, si consideri A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017; C. BOTTARI, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Bologna, 2014; R. FERRARA (a cura di), *Trattato di Biodiritto (Salute e sanità)*, 2010, Milano, spec. cap. IV, V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni nella Sanità*, 445 ss., in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009.

²¹ In ragione delle competenze assegnate dal D.Lgs. n. 502/92, secondo il cui art. 8-bis: «Le Regioni assicurano i livelli essenziali ed uniformi di assistenza di cui all'art. 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'art. 8-quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies».

²² Il 4 settembre 2014, a distanza di meno di tre mesi dalla pubblicazione della sentenza n. 162/2014.

²³ Contenute in un *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014*.

di cogenza normativa – favorevoli all’urgente inclusione della PMA tra i LEA²⁴, con costi a carico del SSN, previa determinazione di una tariffa convenzionale uniforme e di alcuni profili tecnici (dal limite di età al numero di cicli).

Alcune Regioni hanno pure tentato la via delle circolari o di atti amministrativi per regolamentare alcuni aspetti che, seppur apparentemente procedurali, finivano per incidere sul riconoscimento e sul livello di attuazione in parola e, allo stesso tempo, per creare discriminazioni, in termini di costi, tra strutture pubbliche e private²⁵.

Tale soluzione, parimenti non vincolante, ha prodotto incertezza giuridica, sia in ragione del tasso di discrezionalità regionale nella distribuzione del *budget* per le spese relative a servizi esulanti dai LEA, sia in ragione di obiettive esigenze finanziarie; componenti entrambe idonee a generare discriminazioni rispetto alla decisione di diventare genitori da Regione a Regione.

Va rimarcato, in questo caso, che la mancata inclusione dell’eterologa tra i LEA a livello legislativo produce un effetto di automatica differenziazione – permanente anche dopo il citato D.P.C.M. 2 gennaio 2017 (quantomeno fino all’approvazione ministeriale delle relative tariffe) – al quale forse non si è prestata adeguata attenzione.

Non può, infatti, affrontarsi in maniera ponderata la questione, senza considerare il divieto assoluto di spese non obbligatorie – a pena di nullità dell’atto di disposizione dall’art. 1, comma 174, L. n. 311/04²⁶ – posto a carico di quelle Regioni, afflitte da un pesantissimo indebitamento nel settore sa-

²⁴ Tramite D.P.C.M. giusta Patto della Salute 2014-2016.

²⁵ Ad esempio, la Regione Lazio ha emanato una nota (n. 261331/11/02 del 18 maggio 2016) avente ad oggetto: *Elenco delle strutture regionali autorizzate alla prescrizione del Piano terapeutico dei farmaci soggetti a nota AIFA 74*, sostitutiva di una precedente circolare (n. 5/2000), dalla quale ha espunto, senza alcuna motivazione sulle ragioni di tale mancata considerazione, una serie di cliniche private autorizzate all’esecuzione di trattamenti di PMA dal novero dei soggetti abilitati a prescrivere i relativi piani terapeutici a carico del SSN, di fatto creando una discriminazione in favore delle strutture pubbliche ed una discrasia rispetto alla circostanza che tali cliniche private sono iscritte nel registro nazionale PMA e, dunque (anche secondo ulteriore circolare regionale del 19 aprile 2007), erano, per questo, abilitati alla prescrizione dei piani terapeutici; oltre che, ovviamente, disagi per i pazienti. Cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III-*quater*, 27 febbraio 2018, n. 2778, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ha rilevato l’illegittimità e l’irragionevolezza di un simile *modus operandi*, «poiché non è dato comprendere quale sia la logica di un atto di esclusione dall’elenco dei soggetti titolari dell’autorizzazione alla PMA, quando parte ricorrente l’ha ottenuta proprio ai sensi della legge n. 40 del 2004 ed in particolare degli articoli 10 e 11 che dettano la regolamentazione delle strutture autorizzate all’applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita». Cfr., in termini, pure, T.A.R. Lazio, Sez. III-*quater*, 8 marzo 2018, n. 2643 e 5 giugno 2018, n. 9704, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Che così dispone: «Al fine del rispetto dell’equilibrio economico-finanziario, la regione, ove si prospetti sulla base del monitoraggio trimestrale una situazione di squilibrio, adotta i provvedimenti necessari. Qualora dai dati del monitoraggio del quarto trimestre si evidenzi un disavanzo di gestione a fronte del quale non sono stati adottati i predetti provvedimenti, ovvero essi non siano sufficienti, con la procedura di cui all’articolo 8, comma 1, della legge 5 giugno 2003, n. 131, il Presidente del Consiglio dei ministri diffida la regione a provvedervi entro il 30 aprile dell’anno successivo a quello di riferimento. Qualora la regione non adempia, entro i successivi trenta giorni il presidente della regione, in qualità di commissario *ad acta*, approva il bilancio di esercizio consolidato del Servizio sanitario regionale al fine di determinare il disavanzo di gestione e adotta i necessari provvedimenti per il suo ripianamento, ivi inclusi gli aumenti dell’addizionale all’imposta sul reddito delle persone fisiche e le maggiorazioni dell’aliquota dell’imposta regionale sulle attività produttive entro le misure stabilite dalla normativa vigente. I predetti incrementi possono essere adottati anche in funzione della copertura dei disavanzi di gestione accertati o stimati nel settore sanitario relativi all’esercizio 2004 e seguenti. Qualora i provve-

nitario e, per questo, sottoposte ad una speciale procedura amministrativa di recupero (entro contingentati limiti di tempo) del disavanzo.

La rigorosa interpretazione del suddetto vincolo finanziario, avallata dalla Corte costituzionale²⁷ anche a salvaguardia del principio di coordinamento (art. 117, comma 3, Cost.), porta a ritenere non

dimenti necessari per il ripianamento del disavanzo di gestione non vengano adottati dal commissario ad acta entro il 31 maggio, nella regione interessata, con riferimento agli anni di imposta 2006 e successivi, si applicano comunque [il blocco automatico del turn over del personale del servizio sanitario regionale fino al 31 dicembre dell'anno successivo a quello di verifica,] il divieto di effettuare spese non obbligatorie fino al 31 dicembre dell'anno successivo a quello di verifica e nella misura massima prevista dalla vigente normativa l'addizionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche e le maggiorazioni dell'aliquota dell'imposta regionale sulle attività produttive; scaduto il termine del 31 maggio, la regione non può assumere provvedimenti che abbiano ad oggetto l'addizionale e le maggiorazioni d'aliquota delle predette imposte ed i contribuenti liquidano e versano gli acconti d'imposta dovuti nel medesimo anno sulla base della misura massima dell'addizionale e delle maggiorazioni d'aliquota di tali imposte. Gli atti emanati e i contratti stipulati in violazione [del blocco automatico del turn over e] del divieto di effettuare spese non obbligatorie sono nulli. In sede di verifica annuale degli adempimenti la regione interessata è tenuta ad inviare una certificazione, sottoscritta dal rappresentante legale dell'ente e dal responsabile del servizio finanziario, attestante il rispetto del predetto vincolo». Il testo vigente riportato è l'ultima tappa di un continuo processo di ritocco (art. 1, comma 277, L. 23 dicembre 2005, n. 266; art. 1, comma 796, L. 27 dicembre 2006, n. 296; art. 2, comma 76, L. 23 dicembre 2009, n. 191; art. 1, comma 583, L. 23 dicembre 2014, n. 190; art. 11, comma 4-ter, d.L. 30 aprile 2019, n. 35, conv., con mod., in L. 25 giugno 2019, n. 60).

²⁷ La Consulta non ha mancato occasione di marcare la linea di confine tra legislazione nazionale e legislazione regionale sulla destinazione funzionale delle risorse in ambito sanitario, riservata alla prima, rispetto all'obiettivo di ripiano del disavanzo regionale, registrato nel settore di interesse (cfr., ad esempio, Corte cost., 29 maggio 2013, n. 104, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma abruzzese, la quale prevedeva un rimborso per i pazienti oncologici attinto da un fondo regionale rimpinguato dagli oneri relativi al recupero dei sottotetti; cfr. pure Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 32, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma abruzzese istitutiva di agevolazione, in favore dei residenti nella Regione, «per i servizi di soccorso (sanitario e non), finanziata, oltre tutto, con risorse del fondo sanitario», in quanto configurante «una misura di assistenza supplementare che si pone chiaramente in contrasto con l'obiettivo dichiarato del Piano di rientro di riequilibrare il profilo erogativo dei livelli essenziali di assistenza e la gestione corrente per il perseguimento del pareggio economico nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza. Sussiste, dunque, la lesione di un principio fondamentale della materia del coordinamento della finanza pubblica di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.»; cfr. pure Corte cost., 12 maggio 2011, n. 163, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione calabrese, in contrasto con l'art. 1, comma 796, lettera b), legge n. 296/2006 del 2006, affermando che tale ultima norma statale «può essere qualificata come espressione di un principio fondamentale diretto al contenimento della spesa pubblica sanitaria e, dunque, espressione di un correlato principio di coordinamento della finanza pubblica (sentenze n. 123 del 2011, n. 100 e n. 141 del 2010), poiché la esplicita condivisione da parte delle Regioni della assoluta necessità di contenere i disavanzi del settore sanitario determina una situazione nella quale l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa (sentenza n. 193 del 2007). Ciò in quanto le norme statali che fissano limiti alla spesa di enti pubblici regionali sono espressione della finalità di coordinamento finanziario (sentenze n. 237 e n. 139 del 2009), per cui il legislatore statale può legittimamente imporre alle Regioni vincoli alla spesa corrente per assicurare l'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, in connessione con il perseguimento di obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari (sentenza n. 52 del 2010). Nel caso di specie, risulta evidente come la Regione abbia contravvenuto all'accordo stipulato con lo Stato ed al relativo piano di rientro del disavanzo, laddove era previsto, fra l'altro, che, entro il 31 dicembre 2010, la Giunta regio-

obbligatorie le prestazioni sanitarie relative alla PMA, in quanto non incluse nei LEA, con la conseguenza che, nell'attesa di tale auspicata evenienza, le Regioni sottoposte a tale procedura non possono farsene carico, quanto meno, fino alla positiva adozione di valide (e, come tali, certificate) iniziative finalizzate al buon esito della procedura di rientro.

Questo elemento ostativo non è di poco momento, in quanto, invece, le Regioni non sottoposte a tale vincolo, possono utilizzare le risorse disponibili anche per le spese, appunto, considerate non obbligatorie e, dunque – fermi restando i confini dei LEA – impegnarle anche per la PMA (omologa o eterologa).

Ne è venuto fuori un quadro marcatamente disomogeneo, di cui fornisce un significativo *report* la relazione del Ministero della Salute al Parlamento (*ex art.* 15, L. n. 40/04) del 26 giugno 2019²⁸, e rispetto al quale non stupisce il fenomeno delle cd. migrazioni «sanitarie» da Regioni eroganti il servizio a spese del paziente a quelle che se lo accollavano²⁹.

4. (segue): b) dalla differenziazione regionale di tipo finanziario a quella assiologica: la discrezionalità amministrativa delle Regioni “virtuose” alla prova del limite di non discriminazione fissato dalla Consulta ed il problema dell'autorizzazione alla realizzazione di struttura sanitaria in ambito locale

Alla basilare ed inevitabile differenziazione strutturale a livello regionale per il doveroso rispetto di vincoli legali di tipo finanziario, si è aggiunta la differenziazione collegata alla discrezionalità ad appannaggio delle Regioni “virtuose” di determinare sia il regime di accollo della PMA medesima, a seconda della variante in gioco (omologa o eterologa), sia presupposti e limiti³⁰ di erogazione del relativo servizio sanitario.

Nonostante la Corte costituzionale (con la sent. n. 162/2014) abbia esteso il raggio operativo dell'art. 5, L. n. 40/2004 anche alla PMA eterologa, si sono registrate, dunque, dopo il suo intervento, manovre di differenziazione regionalistica, attuate mediante atti amministrativi disciplinanti le modalità di erogazione della PMA eterologa.

È accaduto, infatti, che le Regioni, la quali avevano ritenuto di assumere i costi “non obbligatori” della PMA omologa, pur prendendo atto dell'equipollenza dell'eterologa e della conseguenziale necessità della relativa prestazione sanitaria, secondo i dettami della Consulta, non si siano curate della parallela componente finanziaria, gravando interamente i pazienti dei relativi costi.

nale dovesse modificare «lo strumento di finanziamento della Stazione Unica Appaltante, introducendo una nuova forma di finanziamento che preveda un *budget* prefissato per il funzionamento della Stazione stessa».

²⁸ In www.salute.gov.it, nella quale sono sintetizzate le iniziative e gli orientamenti delle singole Regioni che si sono ora distinte per lo sforzo di recuperare fondi da destinare alla PMA da economie di spesa riportate nel bilancio 2019 (Sicilia); ora, invece, si sono impegnate nell'aggiornamento tecnologico e nel reperimento di attrezzature specialistiche (Sardegna); o ancora nella promozione della PMA (Veneto; Lombardia; Friuli Venezia Giulia); ora per l'impossibilità finanziaria di destinare risorse (Basilicata).

²⁹ Il quadro si è arricchito di varianti: la Lombardia ha escluso, ad esempio, ogni rimborso anche in caso di migrazioni, mentre il Veneto e l'Emilia-Romagna hanno fissato regole di età per ottenere il rimborso medesimo.

³⁰ Ad esempio, l'età della donna.

Analoga problematicità è sorta con riferimento ad altro tema cruciale, ossia quello della determinazione del requisito dell'età, parimenti variabile a livello regionale, in base ad atti amministrativi di varia natura.

Ad esempio, mentre la Lombardia ha fissato la regola dei 43 anni³¹, quale limite di età insuperabile per la donna, solo per la PMA eterologa, altre Regioni, come Piemonte ed Emilia Romagna³², hanno applicato il limite di età ad entrambe le tecniche; altre Regioni ancora, come il Veneto, hanno innalzato l'età a 50 anni, per entrambe le tecniche.

Tali differenziazioni, pur ammantate dall'aura della discrezionalità nella distribuzione del *budget*, sottonotano il dubbio della discriminazione, nel momento in cui l'irragionevole diversificazione dei limiti di operatività deraglia significativamente dai binari tracciati dalla Consulta (n. 162/2014) nel configurare omologa ed eterologa, quali *species* di un medesimo *genus*³³.

La situazione di instabilità è stata accentuata da un altro profilo di non immediata evidenza.

Non va, in merito, trascurato che all'abbattimento del divieto più volte citato non segue solo l'aumento delle istanze delle coppie, ma anche, in prospettiva quello delle strutture interessate all'erogazione del relativo trattamento sanitario³⁴.

A ben vedere, tale profilo non riguarda esclusivamente l'amministrazione sanitaria, ma anche quella locale, alla quale si rivolgono gli enti interessati alla realizzazione delle strutture specializzate.

Infatti, affinché un determinato ente possa essere accreditato e, dunque, iscritto nel Registro Nazionale, è necessario che sia adeguatamente strutturato.

A tal fine, è tenuto a chiedere al Comune competente l'autorizzazione alla realizzazione³⁵ di struttura sanitaria *ex art. 8-ter*, D.Lgs. n. 502/92, esitabile solo previa valutazione regionale positiva di compatibilità dei progetti in rapporto al fabbisogno complessivo ed alla localizzazione territoriale delle

³¹ Recentemente, il T.A.R. Lombardia, Milano (Sez. III, 19 luglio 2019, n. 1681, in www.giustizia-amministrativa.it) ha accolto il ricorso di una coppia affetta da sterilità ed infertilità assolute che ha impugnato una delibera di Giunta regionale della Lombardia, la quale fissava in 43 anni la soglia di età massima per la donna per accedere al trattamento in parola (oltre che l'erogabilità massima di 3 cicli presso strutture pubbliche a carico del sistema sanitario).

³² Con delibera del 18 giugno 2018, n. 916, la Regione Emilia-Romagna ha consentito alle coppie ivi residenti di beneficiare della PMA a carico del servizio sanitario fino al compimento dei 46 anni d'età della donna, con un massimo di sei tentativi possibili sia per la variante omologa che per quella eterologa.

³³ La motivazione della pronuncia del T.A.R. Lombardia, n. 1681/2019 cit., è fondata proprio sulla contrarietà – ovviamente in attesa del perfezionamento del nuovo regolamento *ex art. 17*, comma 2, L. n. 400/1988 – dell'iniziativa regionale rispetto al parametro legislativo di rango primario (l'art. 5, L. n. 40/04, appunto), il quale non fissa una soglia massima di età, riferendosi a quella «potenzialmente fertile», rispetto alla quale neanche le linee guida del 2014 non hanno alcun valore vincolante, né modificativo né, tantomeno, di interpretazione autentica. La sentenza è importante anche perché tocca l'altro aspetto «tecnico» di particolare criticità collegato alla modalità di erogazione dell'eterologa, ossia quello della determinazione del numero massimo di cicli erogabili a carico del servizio sanitario, ritenendo parimenti illegittima l'opzione regionale di autorizzare, nei suddetti limiti, un massimo di tre cicli.

³⁴ Rispetto a queste ultime, è evidente come il meccanismo autorizzatorio, partendo dalla nuova prospettiva di deroga al divieto, non sia assimilabile a quello vigente prima dell'introduzione del divieto medesimo nel 2004 (per cui la PMA eterologa era lecita ed il Ministero della Salute ne dettava qualche limitazione operativa).

³⁵ Intesa in termini di nuova costruzione, di adattamento di strutture già esistenti, di diversa loro utilizzazione, di ampliamento, trasformazione o trasferimento in altra sede (art. 8-ter cit., comma 1).

strutture presenti in ambito regionale (comma 3), nonché all'esito di verifica diretta del possesso di requisiti minimi strutturali, organizzativi e tecnologici normativamente prefissati³⁶ (comma 4).

Tale autorizzazione comunale costituisce atto presupposto rispetto all'accreditamento di cui all'art. 8-*quater*, D.Lgs. n. 502/92³⁷, finalizzato certamente al raggiungimento del livello ottimale di fruizione dei servizi ed alla razionale distribuzione sul territorio dei vari presidi sanitari, ma non per questo idoneo ad incidere né sulla distribuzione del *budget* sanitario regionale, né sulla determinazione del fabbisogno di assistenza sanitaria, nel medesimo ambito regionale.

Si tratta di un rapporto di presupposizione quasi circolare, nel senso che l'atto presupposto dell'accreditamento regionale (*id est*, l'autorizzazione sanitaria comunale) è illegittimo, ove rilasciato in mancanza di determinazione regionale del fabbisogno complessivo.

La situazione si confonde ulteriormente in quelle Regioni sottoposte al piano di rientro in ambito sanitario, in cui può capitare di imbattersi in periodi di sospensione delle procedure di accreditamento o di autorizzazione sanitaria³⁸.

Il Consiglio di Stato ha precisato che «l'autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria è misura diversa da quella di accreditamento, in quanto quest'ultimo richiede la presenza di ulteriori requisiti di qualificazione, strutturali, tecnologici e organizzativi, definiti dalle Regioni con l'individuazione di specifici *standard* di qualità, nonché, soprattutto, l'accertamento della funzionalità delle strutture accreditande rispetto agli indirizzi di programmazione sanitaria regionale; per tale ragione, la pura e semplice autorizzazione di cui all'art. 8-*ter* non implica l'assunzione di alcun onere a carico dell'ente pubblico; né, per converso, in virtù della conseguita autorizzazione, la parte interessata acquisisce alcun titolo o aspettativa a partecipare alla ripartizione del *budget* del servizio pubblico – restando del tutto impregiudicata la discrezionalità regionale nell'attività di programmazione della spesa pubblica sanitaria e nell'opera di determinazione del fabbisogno territoriale, attività entrambe tipicamente propedeutiche alla valutazione delle istanze di accreditamento »³⁹.

³⁶ Più precisamente, nel d.p.r. 17 gennaio 1997, oltre che nelle eventuali disposizioni regionali integrative.

³⁷ Che, come noto, così recita: «L'accreditamento istituzionale è rilasciato dalla Regione alle strutture autorizzate, pubbliche o private ed ai professionisti che ne facciano richiesta, subordinatamente alla loro rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione, alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti. Al fine di individuare i criteri per la verifica della funzionalità rispetto alla programmazione nazionale e regionale, la regione definisce il fabbisogno di assistenza secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano sanitario regionale per garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, nonché gli eventuali livelli integrativi locali e le esigenze connesse all'assistenza integrativa di cui all'art. 9. La qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate, al di fuori degli accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinqües*. I requisiti ulteriori costituiscono presupposto per l'accreditamento e vincolo per la definizione delle prestazioni previste nei programmi di attività delle strutture accreditate, così come definiti dall'art. 8-*quinqües*».

³⁸ Sul caso della Campania nel triennio 2009-2011, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 22 giugno 2016, n. 3221, in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr., pure, sul tema, Cons. St., Sez. III, 29 ottobre 2014, n. 5908, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha ritenuto non irragionevole il blocco delle autorizzazioni sanitarie, in considerazione del fatto che, visto il disavanzo strutturale in materia sanitaria in Campania, la valutazione del fabbisogno può essere determinata anche solo considerando le strutture provvisoriamente accreditate, astrattamente sufficienti a soddisfare il fabbisogno.

³⁹ Così, Cons. St., Sez. III, 24 luglio 2018, n. 4518; cfr. pure, Cons. St., Sez. III, 10 luglio 2015, n. 3487, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

In questa prospettiva, il T.A.R. Milano⁴⁰ ha chiarito, altresì, che il procedimento autorizzatorio non è preordinato certamente a soddisfare interessi di natura privatistica (ossia lo scopo di lucro della sottesa attività d'impresa), bensì, primariamente, la piena fruibilità di prestazioni essenziali per il diritto alla salute, di cui sono portatori i singoli cittadini o, al più, enti esponenziali di interessi diffusi o collettivi.

Allo stesso modo, in un quadro a volte complicato dagli interventi legislativi regionali⁴¹, solo l'accreditamento costituisce titolo costitutivo di un rapporto giuridico tra l'ente accreditato ed il SSN, in cui il primo rientra nella dinamica dell'offerta sanitaria regionale correlata al fabbisogno assistenziale ed il secondo è tenuto alla remunerazione dei servizi concordati e prestati⁴².

In relazione agli aspetti organizzativi trattati, può sinteticamente rilevarsi che le pubbliche amministrazioni competenti, non disponendo degli strumenti adeguati di normazione nemmeno per le linee fondamentali delle modalità di esercizio della decisione di diventare genitori anche attraverso la PMA eterologa – oggi raccordata al nucleo irriducibile di un diritto fondamentale secondo i dettami della Consulta – finiscono per accentuare le difficoltà all'effettiva realizzazione del sotteso bisogno.

Non resta, infatti, alle stesse che rimanere ancorate al modello autorizzatorio generale che, nella ranellettiana⁴³ finalità di rimozione di ogni ostacolo all'esercizio del diritto, è compatibile con la comprimibilità della situazione giuridica soggettiva frontistante.

Pertanto, tale modulo operativo sconta, nei limiti in cui il legislatore lo impone, la fatica di sussumere nel proprio schema formale una situazione giuridica soggettiva (o, meglio il suo nucleo sostanziale) incomprimibile e, con essa, la prestazione sanitaria realizzativa.

A ciò aggiungasi che, come detto, il legislatore nazionale esige, allo stato, in nome dell'equilibrio di bilancio, la differenziazione a livello regionale, rispetto alla quale il mancato inserimento della PMA nei LEA accentua il problema di certezza sopra menzionato.

Su tale quadro, si innestano pure le domande di iscrizione al registro nazionale il cui andamento è sensibile anche al rapporto domanda/offerta, purchè siano bene chiari i termini della seconda.

Non stupisce, allora, che il vero strumento di consolidamento della tecnica di fecondazione, promossa dalla giurisprudenza costituzionale, è stato l'innescò di un significativo contenzioso innanzi alla giurisdizione amministrativa derivante dal diniego di assistenza sanitaria da parte delle amministrazioni competenti, in ordine a richieste incoraggiate e sospinte dall'aria di innovatività diffusasi.

⁴⁰ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 24 ottobre 2018, n. 2799, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ Si pensi, ad esempio, agli artt. 3 e 4, L.r. Abruzzo n. 32/2007 (*Norme regionali in materia di autorizzazione, accreditamento istituzionale e accordi contrattuali delle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private*) contempla due fasi, la prima volta ad ottenere l'autorizzazione comunale alla realizzazione di strutture sanitarie e la seconda fase di autorizzazione comunale all'esercizio.

⁴² L'attuale strutturazione del procedimento amministrativo di competenza comunale è invariata rispetto all'iniziale configurazione del divieto assoluto di eterologa, per cui, una volta "sdoganata", esso necessita sia di adeguare le proprie verifiche tecniche anche a quest'ultima, sia di proiettarsi dinamicamente verso la tutela di un diritto fondamentale, piuttosto che verso l'ossequio formale dei passaggi e delle modalità per l'iscrizione nel Registro Nazionale.

⁴³ Ancora fondamentale la distinzione del suddetto modello rispetto a quello concessorio, contenuta in O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, LVI, 1894, IV, 25 ss. Sulla modernità del concetto e della distinzione, ad esempio, F. G. SCOCA, *Il provvedimento amministrativo*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 270.

5. La prospettiva del privato bisognoso: la nevralgica posizione garantista della giurisprudenza amministrativa e la strada della dequotazione formale «costituzionalmente orientata» dall'incomprimibilità del diritto

Lo sviluppo della suddetta dinamica pretoria ha reso possibile la rapida maturazione – favorita spesso dai tempi sincopati della tutela cautelare – sospinta dal Consiglio di Stato, di una posizione garantista del diritto di ricorrere anche alla PMA eterologa rispetto a generiche preclusioni amministrative di natura finanziaria e formale, attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme vigenti, e nonostante la mancata inclusione di detta prestazione sanitaria nell'ambito dei LEA a livello regionale.

Va aggiunto che tale concreto giudizio di bilanciamento viene, ovviamente, reso nei termini e secondo i parametri del giudizio amministrativo⁴⁴, ossia, fondamentale – nel tipo di contenzioso in questione – quelli dell'annullamento di un atto amministrativo illegittimo di diniego prevalentemente per violazione di legge⁴⁵ o per manifesta discriminatorietà⁴⁶.

E ciò vale con riguardo a tutti gli angoli prospettici sopra sintetizzati.

In particolare, con riferimento alla questione del rapporto tra incomprimibilità della decisione di diventare genitori mediante PMA eterologa e LEA, il Consiglio di Stato⁴⁷ ha deciso una controversia – in primo grado sottoposta al T.A.R. Milano⁴⁸ – avente ad oggetto l'impugnativa di alcune delibere della Regione Lombardia tese alla regolamentazione della materia, su ricorso di una *Onlus*, con scopo di assistenza alle coppie nel settore della procreazione medicalmente assistita.

Tale iniziativa regionale si poneva in contraddizione con precedente deliberazione (conforme all'indirizzo della sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014 cit.) di estendere l'autorizzazione anche alla pratica della tecnica "eterologa" ai «Centri P.M.A.» già abilitati a livello regionale per la variante "omologa".

Infatti, i provvedimenti regionali impugnati, pur prendendo atto di quanto sopra, mantenevano ferma la presa in carico della Regione dell'omologa (previo pagamento di *ticket*), ma ponevano, invece, esclusivamente sugli assistiti, i costi dell'eterologa (rilevanti e variabili in base alla complessità dell'intervento) «finché le tecniche di P.M.A. di tipo eterologo non siano inserite nei livelli essenziali di assistenza (LEA)»⁴⁹.

⁴⁴ Il punto è controverso e vi sono contrasti interpretativi sulla radicazione della giurisdizione esclusiva in capo al giudice amministrativo (secondo i famosi dettami di Corte cost. n. 204/2004), a cui si accennerà più avanti.

⁴⁵ In particolare, la L. n. 40/04 cit.

⁴⁶ Sintomatica di eccesso di potere riguardo ai già indicati termini, tracciati dalla Consulta, di due fattispecie (PMA omologa e PMA eterologa) appartenenti allo stesso *genus*.

⁴⁷ Sez. III, 23 giugno 2016, n. 3297, in www.giustizia-amministrativa.it. La sentenza ha chiuso un contenzioso durato complessivamente circa 18 mesi.

⁴⁸ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, n. 2271/2015, cit.

⁴⁹ Già in sede cautelare (Cons. St., Sez. III, ord. 9 aprile 2015, in www.giustizia-amministrativa.it), i Giudici di Palazzo Spada, riformando l'ordinanza cautelare del T.A.R. Milano, avevano condiviso il motivo di ricorso sulla «disparità di trattamento sotto il profilo economico tra la PMA omologa e quella eterologa», a fronte della loro equipollenza quali presidi di tutela della salute fisica e psichica della coppia. Il dinamismo accelerato del rito cautelare ha, inoltre, impresso una spinta in termini di effettività, offrendo l'occasione per rimarcare che la decisione di diventare genitori non è soggetta solo a limiti di legge, ma anche a quelli biologici, incompatibili con l'esaudività di una tutela meramente risarcitoria: «[...]il pregiudizio lamentato...non può essere ragionevolmen-

Il supremo Consesso di giustizia amministrativa, rigettando integralmente l'appello della Regione Lombardia, ha confermato le conclusioni del T.A.R. sulla fondatezza⁵⁰ della doglianza di disparità di trattamento e sull'incongruità dell'argomentazione dell'ipotizzata penuria di risorse, rispetto al sacrificio totale dei diritti dei soggetti legittimati (nei termini indicati appunto dalla sent. n. 162/2014) a ricorrere alla PMA eterologa⁵¹.

In tale impostazione, l'inquadramento di quest'ultima alla stregua di prestazione sanitaria a garanzia del diritto fondamentale della salute⁵², come tale non condizionabile finanziariamente, – né ragionevolmente distinguibile dalla omologa, appartenendo entrambe le tecniche al medesimo *genus* – consente di superare, seppur entro i limiti del *decisum*, perfino il *totem* dei LEA, per cui la mancata inclusione in via amministrativa non rende opzionale la prestazione sanitaria servente un diritto fondamentale.

Il Consiglio di Stato ragiona, ad un certo punto, nei seguenti termini: «...le Regioni non sottoposte al piano di rientro per il dissesto finanziario causato dalla spesa sanitaria (v., per queste, Corte cost., 29 maggio 2013, n. 104) ben possono consentire l'erogazione di prestazioni sanitarie aggiuntive rispetto al "catalogo" dei LEA, assumendosene l'onere economico, laddove ciò sia finalizzato a garantire il "nucleo irriducibile" del diritto alla salute »⁵³.

Non v'è chi non veda come tale coraggiosa e condivisibile ricostruzione ermeneutica miri in prima battuta alla dequotazione della forma rispetto alla sostanza, in considerazione del fatto che il vizio procedimentale è posto su di un piano accessorio e servente rispetto alla proclamazione di un diritto fondamentale.

te limitato ad aspetti puramente patrimoniali in sé risarcibili, deve ritenersi dotato dei caratteri di gravità ed irrimediabilità poiché l'esecuzione dei provvedimenti impugnati è suscettibile di produrre l'effetto della perdita, da parte di coloro che non sono in grado di sostenere l'onere economico ivi previsto, della possibilità di accedere alle tecniche in parola dovuta al superamento dell'età potenzialmente fertile durante il tempo occorrente per la definizione del giudizio di merito». L'effettività della tutela è rafforzata dal meccanismo di cui all'art. 55, comma 10, c.p.a. che, come noto, impone al T.A.R. la sollecita fissazione dell'udienza di merito, in ipotesi di riforma di propria ordinanza cautelare in appello e di esplicita opzione in tal senso da parte del Consiglio di Stato. Nel caso di specie, il T.A.R. Lombardia ha fissato l'udienza per il 24 settembre 2015 e reso la decisione in pari data (con pubblicazione il 28 ottobre 2015).

⁵⁰ Come specificato nella nota precedente, a sua volta, seguendo l'indirizzo impresso in sede cautelare dal giudice d'appello.

⁵¹ Così, T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, n. 2271/2015, cit., in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui il fatto che una prestazione sanitaria sia obbligatoria, in quanto inclusa nei LEA, non vuol dire che se non è inclusa, non sia obbligatoria, se posta a tutela del nucleo irriducibile di un diritto fondamentale: «Innanzitutto non assume rilievo determinante la circostanza che la PMA, sia omologa che eterologa non sia compresa formalmente nel D.P.C.M. che individua le prestazioni da qualificare livelli essenziali di assistenza, atteso che, se l'inserimento della prestazione nei LEA può avere un effetto costitutivo nella qualificazione della stessa, rendendone quindi doverosa l'erogazione su tutto il territorio nazionale alle condizioni minime, il mancato inserimento nell'elenco non può determinare l'effetto opposto, considerato che va verificata in concreto l'appartenenza di una determinata prestazione al novero dei diritti fondamentali e, in caso affermativo, va certamente garantita nel suo nucleo essenziale a tutti i soggetti e su tutto il territorio nazionale».

⁵² Rispondenti alla nozione «dinamica» di salute, rinvenibile nella giurisprudenza amministrativa; cfr. Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr. le riflessioni di R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. FERRARA (a cura di), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, I, Milano, 2010, 33.

⁵³ In parte motiva (punto 15.2).

E, proprio in ragione di tale cambio radicale di impostazione sul tema specificatamente prescelto, essa fornisce utili argomenti per superare la comune interpretazione data dagli stessi enti competenti al tema dell'eterologa, andando oltre la declaratoria formale di "amministrativa" essenzialità della prestazione sanitaria.

Si è, infatti, visto sopra che questo è stato sovente ridotto ad un problema di classificazione formale di spesa obbligatoria/spesa non obbligatoria in relazione ad altro binomio amministrazione "virtuosa" /amministrazione "non virtuosa"⁵⁴.

Anche se, per il vero, la conclusione dell'autorevole giurisprudenza amministrativa rimane in un certo senso ingabbiata sia dal *thema decidendum* sia dal confortante richiamo ai meccanismi abituali della discrezionalità amministrativa (nell'assunzione in carico della prestazione sanitaria) e, dunque, della sua sindacabilità tenue sotto il profilo della manifesta illogicità, incongruità ed irragionevolezza, nonché della insufficienza e/o genericità della motivazione.

Il Consiglio di Stato, in particolare, pur riconoscendo l'ampia discrezionalità regionale, non ha rinvenuto nel caso di specie, «le ragioni di questa distinzione tra le prestazioni di PMA di tipo omologo, finanziate dalla Regione, e quelle di tipo eterologo, poste, invece, ad integrale carico degli assistiti»... «risiedendo proprio nell'esternazione di queste ragioni l'essenza dell'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.)», soprattutto «quando si tratti delle prestazioni riguardanti «categorie» che vanno considerate equiparabili sulla base di una espressa disposizione di legge ovvero, il che è lo stesso, da una sentenza della Corte costituzionale, sicché in sede amministrativa, a seguito della sentenza n. 162 del 2014, non possono esservi discriminazioni tra le coppie che si possono legittimamente avvalere della fecondazione omologa e quelle che si possono legittimamente avvalere di quella eterologa », cosicché le «[...] esigenze finanziarie mai possono sacrificare interamente il nucleo irriducibile e "indefettibile" del diritto alla salute, nucleo indefettibile che la stessa Corte costituzionale nel § 7 della sentenza n. 162 del 2014, ha riaffermato proprio in riferimento alla fecondazione eterologa e a tutela dei soggetti meno abbienti, privi delle risorse economiche sufficienti a sostenerne i costi e a praticarla all'estero».

Va, altresì, evidenziato che l'incertezza tuttora esistente del quadro normativo sulla PMA, costituisce supporto per l'interpretazione estensiva e favorevole a fornire la migliore garanzia alla decisione di diventare genitori, anche ricorrendo a centri specializzati all'estero.

Recentemente, il T.A.R. Lazio⁵⁵ ha accolto il ricorso di una coppia che aveva a lungo combattuto con problemi di sterilità ed era riuscita a risolverli solo presso un istituto spagnolo praticante la PMA eterologa.

A tal fine, i due genitori avevano chiesto all'ASL competente l'autorizzazione ex art. 9 D.Lgs. n. 38/2014 per il trattamento transfrontaliero ed il relativo rimborso (oltre la richiesta di quello per i cicli precedenti), non essendo possibile ricevere la medesima prestazione in Italia entro un termine giustificabile (*id est*, ragionevole) dal punto di vista clinico (art. 9, comma 6, *lett. d*), vista l'indisponibilità dei nostri centri prima di una data lontanissima da primo ciclo fatto in Spagna (ove invece sarebbe stato possibile effettuarlo nel giro di pochi mesi).

⁵⁴ Operando il divieto *ex lege* sopra menzionato di spese non obbligatorie precludenti il ricorso alla PMA per amministrazioni sanitarie non virtuose.

⁵⁵ T.A.R. Lazio, Sez. III-*quater*, 11 luglio 2017, n. 11398, in www.giustizia-amministrativa.it.

Il diniego di autorizzazione, nel caso di specie, è stato motivato genericamente, dall'ente competente, solo in considerazione dell'esistenza in Italia di centri vicini alla residenza della coppia, ove era possibile in astratto eseguire il trattamento sanitario.

Anche in questo caso, la giurisprudenza amministrativa ha censurato la distanza tra le formalità e gli adempimenti burocratici e l'esigenza basilare di attuare il diritto di diventare genitori⁵⁶.

La sentenza è stata confermata in appello con riferimento all'illegittimità del diniego di autorizzazione (mentre il rimborso *ex post* di prestazione sanitaria transfrontaliera non preventivamente autorizzata è stato negato)⁵⁷, ove è stato espressamente specificato che, a dispetto della genericità del corredo argomentativo desumibile dai provvedimenti impugnati, alla pubblica amministrazione, è, invece, imposto «un supplementare onere motivazionale in caso di rifiuto di autorizzazione preventiva in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera, al fine di esplicitare la ricorrenza, nella fattispecie concreta, delle ipotesi tassative di diniego, previste tanto dalla normativa eurounitaria, quanto da quella interna di attuazione»⁵⁸.

Peraltro, l'indirizzo maturato nei superiori termini sta trovando seguito ed attuazione, grazie alla particolare garanzia di effettività fornita dalla tutela cautelare⁵⁹.

Il medesimo taglio prospettico è rinvenibile anche nell'inquadramento dei sopraindicati rapporti tra enti aspiranti all'accredito regionale e Comuni nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato al rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione delle strutture.

Recentemente, il Consiglio di Stato si è occupato di una controversia avente ad oggetto il diniego dell'autorizzazione *de qua* in capo ad una società che, fino a quel momento, aveva svolto il servizio di PMA, con proprio personale specializzato e con proprie attrezzature per altra società, titolare di clinica privata, che le concedeva in uso, con varie modalità (contratti di *service*, locazione) alcuni locali della struttura ospedaliera stessa.

La suddetta clinica era, però, stata posta in liquidazione e, pertanto, la società specializzata in PMA, non potendo più usufruire dell'autorizzazione sanitaria della prima, aveva richiesto il rilascio di auto-

⁵⁶ Fermo restando, ovviamente, il potere di rielaborazione di diverso corredo motivazionale, da parte della pubblica amministrazione in nuova sede procedimentale.

⁵⁷ Cons. St., Sez. III, 11 ottobre 2018, n. 5861, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ha precisato, altresì, che il citato D.Lgs. n. 38/2014 è attuativo di specifica direttiva comunitaria n. 2011/24/UE del 9 marzo 2011, la quale, nell'affermare il principio della libera fruibilità dell'assistenza sanitaria transfrontaliera con rimborso da parte dello Stato di provenienza del paziente, ne contempla la derogatorietà ai criteri di necessità e proporzionalità, escludendo che il rifiuto di autorizzazione possa mai costituire uno strumento di «discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei pazienti» (cfr. art. 8, comma 1, secondo periodo).

⁵⁸ Ai fini della valutazione della congruità della motivazione, il Consiglio di Stato, nella citata pronuncia, fa pure riferimento al contenuto delle Linee Guida, contemplate, ai sensi dell'art. 19, comma 3, D.Lgs. n. 38/2014, emanate dal Ministero della Salute, d'intesa con la Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, che contemplavano l'obbligo delle ASL di indicazione non solo del prestatore di assistenza sul territorio nazionale, ma anche del numero di giorni entro cui la prestazione può essere fornita. Il Collegio ha ritenuto il disallineamento dell'ente competente rispetto a tali linee guida quale indice di carenza motivazionale del diniego in parola.

⁵⁹ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, ord. 19 luglio 2019, n. 848, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha rinvenuto il *periculum in mora*, in quanto «considerato il limite di età comunemente accettato per tale tipologia di trattamenti per la donna (41-42 anni), ogni giorno di ritardo può determinare una riduzione delle probabilità di successo dell'intervento».

nomo provvedimento autorizzatorio, propedeutico all'iscrizione nel Registro nazionale, ricevendo, tuttavia, congiunta risposta negativa sia da parte del Comune sia da parte dell'ASL.

La ragione del diniego era eminentemente formale, in quanto basata sulla semplice circostanza del riscontro agli atti del Comune di autorizzazione sanitaria nei medesimi locali e per le medesime attrezzature in favore della clinica privata, non suscettibile di decadenza anche in caso di inattività, avendo ad oggetto iniziativa privata, in riferimento alla quale era escluso il subentro; a ciò aggiungendosi, comunque, che, per chiedere una nuova autorizzazione, nonostante la certezza della diminuzione dell'offerta in ragione della cessazione di attività della clinica privata, sarebbe stato comunque necessario attendere la definizione regionale dei fabbisogni sanitari.

Il Consiglio di Stato⁶⁰, riformando la sentenza di primo grado, censura «l'incredibile castello di virtuosismi tecnico-giuridici» costruito dalle amministrazioni competenti che avrebbero, invece, dovuto verificare, in nome dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, la possibilità di rilasciare un'autorizzazione parziale o provvisoria «a tutela dei livelli occupazionali dell'attività economica in corso e delle aspettative dei pazienti».

L'illegittimità dell'operato degli enti competenti viene accentuato dall'anteposizione di motivi formali a ragioni sostanziali di segno opposto (come la protratta inattività della Casa di Cura posta in liquidazione e la diminuzione dell'offerta), «in contrasto con l'esigenza pubblicistica di assicurare adeguati livelli di tutela della salute», riferita anche al tema della programmazione regionale sanitaria «trattandosi, in realtà, della prosecuzione di un'attività già da tempo operativa».

6. Considerazioni conclusive sul metodo di approccio della giurisprudenza amministrativa al tema

Colpisce favorevolmente il metodo interpretativo antiformalista della giurisprudenza amministrativa, all'indomani dei significativi interventi della Consulta sull'irrinunciabilità di tutelare il «nucleo irriducibile» del diritto alla salute, alla quale deve fare da contraltare una «prestazione essenziale da parte del Servizio Sanitario Nazionale».

Qui vuole specificarsi che tale taglio ermeneutico dà per assunta (in maniera più o meno esplicita) la presa d'atto dell'incontestabilità delle conclusioni medico-scientifiche sulla PMA e, dunque, l'"accessorietà" del tema giuridico rispetto ad esse.

In particolare, il Consiglio di Stato in sede consultiva, sullo schema di regolamento sopra indicato⁶¹, ha recentemente ribadito, a chiare lettere, che il diritto non ha «*os ad loquendum*» sugli assunti medico-scientifici, assegnando a questi ultimi, a conferma del suddetto orientamento, un ruolo trainante.

Tale aspetto non sembri così scontato, se solo lo si pone a raffronto con gli indirizzi giurisprudenziali che hanno accolto istanze di tutela, postulanti l'applicazione di criteri medici non assistiti da piena e comprovata evidenza scientifica, proprio in nome dell'ineluttabilità della tutela del nucleo irriducibile

⁶⁰ Cons. St., Sez. III, 22 febbraio 2017, n. 839, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ Cfr. nota 16.

del diritto alla salute (si pensi al caso di Bella⁶² o, più recentemente, alla sentenza della Corte d'Appello di Torino⁶³ che ha confermato la condanna in primo grado dell'Inail al risarcimento dei danni, riconoscendo la causa di servizio in relazione all'uso continuativo del cellulare, in favore del ricorrente con patologia tumorale, pur in assenza di certezza medica sul nesso eziologico).

Due le immediate ricadute di ordine logico-interpretativo.

La prima è che il vuoto normativo viene rispettato, ma non temuto, nel senso che esso rispecchia la continua e frenetica evoluzione della scienza medica sul tema trattato, da cui deriva e deriverà una

⁶² Cfr., *ex multis*, Tribunale di Bari, Sez. lavoro, 14 febbraio 2012, in *giurisprudenzabarese.it*, 2012: «Il diritto alla tutela della salute, quale diritto soggettivo individuale assoluto e fondamentale della persona umana, appartiene ai diritti sociali naturali che trovano la loro fonte normativa anche nell'art. 3 comma 2 cost. il quale, in base al principio della pari opportunità terapeutica, deve garantire ai cittadini un'uguaglianza di base di risultato nel settore sanitario a prescindere dalle singole condizioni economiche e sociali. Pertanto, vanno riconosciute le stesse opportunità di cura ai cittadini affetti da gravi patologie tumorali, i quali non abbiano ottenuto alcun miglioramento dalla cura tradizionale chemioterapica o radioattiva, e reagiscano invece positivamente, quand'anche non sotto il profilo della guarigione, ma sotto quello limitato, ma sempre di rilievo, della qualità della vita, non potendo disconoscersi il loro diritto di farsi curare dal proprio medico di fiducia con una terapia o pratica medica innovativa, purché regolarmente prescritta in quanto ritenuta utile ed indispensabile. In tale ottica, può pertanto essere autorizzato l'accesso alla terapia del "protocollo Di Bella" benché di non sperimentata ed accertata validità, e la somministrazione dei farmaci relativi su prescrizione del medico, anche se idonei a migliorare soggettivamente le condizioni di vita, in quanto l'ordinamento giuridico non ammette vuoti di tutela in materia di diritti fondamentali della persona. Va quindi accolto il ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto all'interessato, tenendo presente che in tali fattispecie, la sussistenza del "periculum in mora" è chiaramente evincibile dalla natura del diritto che s'intende tutelare in rapporto all'estrema gravità della patologia che affligge l'istante e quindi dallo stato di necessità terapeutica dell'ammalato in pericolo di vita; in considerazione di tanto, non può dubitarsi che in mancanza di una tutela d'urgenza il diritto dell'istante sia suscettibile di un pregiudizio grave, imminente e non risarcibile per equivalente». In senso contrario all'erogabilità a carico del servizio sanitario della multiterapia, Cass. Civ., Sez. lav., 5 novembre 2019, n. 28451, in *dejure.it*: «Prevedendo l'art. 1, comma 4, del d.L. n. 186 del 1998, convertito nella legge n. 257 del 1998 l'erogabilità a carico del servizio sanitario nazionale di farmaci non ancora autorizzati ma sottoposti a sperimentazione clinica e di farmaci da impiegare per una indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, sempre che non esista valida alternativa terapeutica, e avendo l'Istituto Superiore della Sanità, con comunicazioni in data 28.7.1998 e 13.11.1998, reso nota l'assenza di risposte favorevoli in ordine alla verifica dell'attività antitumorale del trattamento in parola, la sperimentazione effettuata e ormai conclusa deve ritenersi che abbia escluso che il cd. multitratamento Di Bella possa costituire una valida alternativa terapeutica, secondo la formula usata dall'art. 1, comma 4, cit., rispetto a quella tradizionale».

⁶³ Corte d'Appello di Torino, Sez. lav., 14 gennaio 2020, in *Guida al diritto*, 2020, 7, 13, così massimata: «In tema di malattia professionale derivante da lavorazione non tabellata o a eziologia multifattoriale, la prova della causa di lavoro grava sul lavoratore e deve essere valutata in termini di ragionevole certezza. A tal fine il giudice, oltre a consentire all'assicurato di esperire i mezzi di prova ammissibili e ritualmente dedotti, è tenuto a valutare le conclusioni probabilistiche del consulente tecnico in tema di nesso causale e nel recepire gli esiti della Ctu ben può escludere che possano assumere rilevanza ai fini del giudizio gli esiti degli studi scientifici posti in essere da autori che versano in posizione di conflitto di interessi in quanto membri di enti/associazioni che hanno ricevuto direttamente o indirettamente finanziamenti da soggetti interessati all'esito degli studi. (Nella specie, la Corte d'appello ha confermato la sentenza di prime cure che aveva condannato l'Inail a pagare la prestazione dovuta per legge in favore di un lavoratore che in conseguenza dell'uso lavorativo protratto – per circa quindici anni e con una esposizione media di 840/ore anno – del telefono cellulare e in assenza di protezioni quali, in particolare, l'uso di auricolari muniti di filo, aveva sviluppato una grave forma di tumore: il neurinoma dell'acustico destro)».

continua mutevolezza dei parametri posti a tutela di tutti gli altri interessi correlati all'aspirazione alla genitorialità.

Il dinamismo scientifico prelude, in prospettiva, alla predisposizione di meccanismi di monitoraggio di tali parametri medico-scientifici, affinché il loro aggiornamento possa essere il più velocemente possibile recuperato alla regola giuridica.

Alla giurisprudenza amministrativa, chiamata ad affrontare immediatamente il problema pratico di verificare la legittimità di dinieghi di tutela da parte dell'Amministrazione regionale sanitaria, in favore delle coppie aspiranti alla genitorialità tramite la PMA eterologa, va il merito di aver preso "confidenza" con tale dinamismo.

La seconda conseguenza è che, poggiando la trattazione giuridica del tema sugli assunti della scienza medica, le valutazioni (anche quelle della Corte costituzionale) in punto di discriminarietà acquisiscono una forza speciale, derivante proprio dall'assioma dell'uguaglianza delle posizioni di base (omologa ed eterologa).

E ciò vale non solo (e non tanto) per i giudici, ma anche (e soprattutto) per le pubbliche amministrazioni che vedono così ridursi il margine del merito insindacabile, soprattutto sotto il fondamentale profilo della distribuzione del *budget*.

Pertanto, la regolamentazione amministrativa anche di natura finanziaria governante l'erogazione delle prestazioni medico sanitarie non può mai porsi in maniera discriminatoria nei confronti della tecnica della PMA, considerando, sotto il profilo distributivo delle risorse economiche, in maniera differente la variante omologa da quella eterologa.

Va, inoltre, aggiunto che la manifestata intolleranza verso l'indebolimento di strumenti di tutela (PMA) del nucleo irriducibile di un diritto fondamentale e, all'interno, verso l'irragionevole diversificazione di tecniche equipollenti (omologa ed eterologa) – ispirata agli assunti della Corte costituzionale (in particolare, la sent. n. 162/2014 cit.) – getta le basi per un ulteriore ragionamento in prospettiva.

Avendo perso quota, nella superiore disamina giurisprudenziale, perfino l'argomento della mancata inclusione tra i LEA⁶⁴ della fecondazione eterologa, risulta pronosticabile ed auspicabile, in via ammi-

⁶⁴ Del taglio tematico proposto in chiave, vi è qualche sporadico, ma importante riscontro con riferimento al rapporto tra diritto alla salute e dinamica PMA/LEA, nella giurisprudenza amministrativa. In particolare, si riporta il significativo passaggio argomentativo di T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 24 settembre 2015, n. 2271, in www.giustizia-amministrativa.it, di cui si tratterà pure subito *infra*: "A tal proposito appare opportuno richiamare la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale che ha evidenziato come «a scelta di [una] coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come [la] Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango». Inoltre la tematica in esame è altresì riconducibile al diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza [della] Corte, va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» (sentenza n. 251 del 2008 analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica» (sentenza n. 167 del 1999). Peraltro, questa nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano» (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946). In relazione a questo profilo, non sono dirimenti le diffe-

nistrativa, una nuova visione del diritto finanziariamente condizionato, nel senso che le istanze di equilibrio di bilancio non vengano considerate prevalenti *sic et simpliciter* sull'ampliamento dell'erogazione della prestazione sanitaria a servizio del medesimo nucleo irriducibile.

In tale direzione, la semplice deduzione di ragioni di natura finanziaria che non motivino (anche dunque in sede organizzativa e programmatoria del servizio) in ordine al criterio discrezionale all'interno della medesima categoria di tutela del diritto (alla salute ed all'equilibrio familiare) esula dall'ambito della cd. riserva di amministrazione, diventando sindacabile sotto il profilo della manifesta illogicità ed irragionevolezza⁶⁵.

renze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio *partner*, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto. In coerenza con questa nozione di diritto alla salute, deve essere, quindi, ribadito che, «per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti» (sentenza n. 161 del 1985), «sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali» (Corte costituzionale, sentenza n. 162 del 2014). Trattandosi quindi di prestazione riconducibile a una pluralità di beni costituzionali – libertà di autodeterminazione e diritto alla salute – né il legislatore né, a maggior ragione, l'autorità amministrativa possono ostacolarne l'esercizio o condizionarne in via assoluta, la realizzazione, ponendo a carico degli interessati l'intero costo della stessa, al di fuori di ogni valutazione e senza alcun contemperamento con l'eventuale limitatezza delle risorse finanziarie. In ogni caso, l'ipotizzata carenza di risorse non potrebbe comunque determinare il completo sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti che, in possesso dei prescritti requisiti (cfr. il punto 11.1 del considerato in diritto della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale), volessero ricorrere alla procedura di PMA eterologa, considerato che il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, qual è quello alla salute, cui la predetta prestazione va ricondotta, non può giammai essere posto in discussione, pur in presenza di situazioni congiunturali particolarmente negative (c.d. diritti finanziariamente condizionati: cfr., tra le altre, Corte costituzionale, sentenze n. 248 del 2011 e n. 432 del 2005). 3.2. *Ad abundantiam* va altresì evidenziato come il trattamento peggiore riservato alla PMA di tipo eterologo appare illegittimo anche per violazione del canone di ragionevolezza, attesa la riconducibilità di questa allo stesso *genus* della PMA di tipo omologo, assoggettata invece al pagamento del solo ticket. Difatti, le differenze tra le due procedure non rappresentano un elemento di selezione idoneo a giustificare il richiamato diverso trattamento, vista la loro sostanziale omogeneità derivante dalla comune assoggettabilità all'art. 7 della legge n. 40 del 2004, che fonda le Linee guida emanate dal Ministro della salute, contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (sull'appartenenza al medesimo *genus* delle due tipologie di PMA, cfr. Corte costituzionale n. 162 del 2014, punto 11.1 del considerato in diritto; altresì, T.A.R. Veneto, III, 8 maggio 2015, n. 501). In tal senso va richiamato un precedente della stessa Corte costituzionale che, pur in presenza di prestazioni facoltative e non essenziali, ha chiarito che il legislatore statale o regionale – quindi, a fortiori, l'amministrazione – non può introdurre regimi differenziati in assenza di una causa normativa razionale o non arbitraria (Corte costituzionale, sentenza n. 432 del 2005). Nello stesso senso, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto irragionevole l'applicazione, solo in relazione alla PMA di tipo eterologo, il limite di età di 43 anni per la donna, allorché per la PMA di tipo omologo il limite è stato stabilito in 50 anni (T.A.R. Veneto, III, 8 maggio 2015, n. 501)».

⁶⁵ La garanzia di tale strumento di tutela in sede giurisdizionale amministrativa appare di vitale importanza per elevare significativamente il tasso di effettività del diritto fondamentale come delineato dalla Consulta, senza però la necessaria puntualizzazione sulle modalità sia di esercizio (domanda di erogazione sanitaria anche in assenza di inclusione della PMA eterologa tra i Lea) sia sulle modalità di tutela giurisdizionale (annullamento di nemo preso in carico della prestazione dal parte del Servizio Sanitario, per eccesso di potere, *sub specie* di manifesta irragionevolezza, illogicità, disparità di trattamento).

Vi è un punto, però, che rimane problematico sullo sfondo della disamina della giurisprudenza amministrativa e che in qualche modo ne rappresenta, allo stesso tempo, limite, allo stato, invalicabile anche nella dinamica operativa delle amministrazioni regionali: quello della difficile conciliabilità tra gli assunti della Corte costituzionale sull'incoercibilità del diritto alla salute, *sub specie* di ricorso alla PMA eterologa ed i rigorosi paletti – pure sopra richiamati – apposti dalla stessa Consulta a tutela del principio di coordinamento della finanza pubblica, per le Regioni “non virtuose”. Essi evidentemente oggi ostano all'approfondimento del tema del diritto non finanziariamente condizionabile, avallandone una sua relativizzazione che, quanto meno in prospettiva, dovrebbe essere oggetto di attenta riflessione.

La ragione è intuitiva: i termini dell'incomprimibilità della decisione di diventare genitori fissati dalla Corte costituzionale rendono innaturale configurare come spesa sanitaria non obbligatoria (e dunque affidata alla discrezionalità regionale) quella avente ad oggetto la tecnica eterologa.

Residua, così, inevitabilmente anche tra le maglie del riportato ragionamento del Consiglio di Stato sulla discrezionalità nelle spese non obbligatorie, una contraddizione logico-concettuale, pur sempre restandosi nella scia del *favor* nei confronti della PMA eterologa (condizionata probabilmente anche dai vincoli formali del giudizio amministrativo).

7. Brevi osservazioni finali sulla suggestione, lungo i binari del diritto amministrativo, di un possibile legame, in prospettiva, tra PMA e tutela delle generazioni future e del loro diritto alla bigenitorialità

Sia consentito, infine, accennare ad una suggestione tematica, allo stato embrionale.

Le questioni innanzi trattate forniscono un significativo spaccato dello sforzo compiuto dalla giurisprudenza amministrativa per rinsaldare il diritto alla genitorialità, inteso quale sfaccettatura del diritto alla salute psico-fisica della coppia e del nascituro.

In questa prospettiva, la configurazione di una libertà fondamentale dell'individuo e dei suoi strumenti di attuazione e di tutela si proietta, in prima battuta, sulla dimensione soggettiva della parabola di vita della persona, del proprio nucleo familiare (al più, del nascituro).

In brevissima sintesi, l'esigenza di protezione di una situazione giuridica, in tali termini rappresentata, si profila nel presente (e forse anche nel futuro prossimo) e trova conforto nella sua incomprimibilità (seppure nei noti limiti individuati dalla Consulta).

Potrebbe darsi, tuttavia, che la giurisprudenza ci consegni anche una subliminale mappatura di un collegamento tra il tema trattato ed un futuro anteriore non più riguardante la posizione del singolo, ma proprio il genere umano.

In maniera mediata ed indiretta, il motivo tematico traspare dalla pacifica legittimazione ad incardinare il contenzioso medesimo anche in capo ad enti esponenziali (*Onlus*), oltre che in capo alla singola coppia⁶⁶.

Che l'ente esponenziale sia portatore di un interesse diffuso⁶⁷ nulla toglie al fatto che tale interesse sia indistintamente riferibile alla collettività (ben oltre gli interessi del singolo), per essa potendosi in-

⁶⁶ Come accaduto in riferimento al contenzioso concluso da Cons. St., Sez. III, n. 3297/2016 cit., sul trattamento differenziale a livello di Servizio Sanitario tra omologa o eterologa.

tendere, nel nostro caso specifico, non solo la generazione presente⁶⁸, ma anche le sopravveniente generazioni future ed ancora l'umanità tutta, con le sue modalità di riproduzione e preservazione e con i suoi connotati identificativi biologici e sociali.

In particolare, sebbene possa apparire persino prematuro parlarne, il tema della PMA eterologa offre precisi spunti di collegamento con la funzione precauzionale che il diritto amministrativo sta assumendo in maniera sempre più marcata e con passaggi sempre più espliciti.

Si vuol dire che, anche limitandoci al nostro contesto socio-politico, la rilevanza giuridica della PMA eterologa è suscettibile, in prospettiva, di essere valutata in maniera direttamente proporzionale a dati obiettivi di significativa importanza per il genere umano, quali l'invecchiamento della popolazione europea, l'aumento della sterilità biologica, anche in considerazione dell'innalzamento della media di età delle coppie genitoriali e del calo globale della natalità⁶⁹, nonché a dati sociologici di particolare rilevanza ed attualità, come l'aumento delle coppie omosessuali e dei *singles* che desiderano un figlio o i fenomeni migratori in atto verso l'Europa⁷⁰.

È evidente, infatti, che l'incremento valoriale di ciascuno dei suddetti fattori è in grado di produrre un'incidenza (della cui portata in termini di riflesso temporale non si può avere, oggi, alcuna idea) sulla stessa sopravvivenza del genere umano e/o sulla sua preservazione in salute (si pensi al dato opposto del sovrappopolamento planetario, cd. *Ageing population*⁷¹) e/o sull'idea stessa di famiglia e di

⁶⁷ Basti qui il rinvio a M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, 9; cfr. pure R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Digesto pubblico*, VIII, Torino, 1993, 482.

⁶⁸ A cui si riferiscono, appunto, le dinamiche esistenziali delle coppie attuali e dei nascituri.

⁶⁹ Recentemente particolare risonanza mediatica è stata riservata ad un ulteriore *record* negativo in Italia. Per esempio, da un articolo pubblicato l'11 febbraio 2020 sulla *stampa.it*, risulta il costante decremento della popolazione nazionale: «al primo gennaio 2020 i residenti ammontano a 60 milioni 317mila, 116mila in meno su base annua. Lo rende noto l'Istat nell'annuale rapporto sugli indicatori demografici. Aumenta il divario tra nascite e decessi: per 100 persone decedute arrivano soltanto 67 bambini (dieci anni fa erano 96). Nel 2019 è stato registrato il livello più basso di "ricambio naturale" degli ultimi 102 anni. A fronte di 435mila nati vivi, sono stati registrati 647mila decessi. Il numero medio di figli per donna è di 1,29, mentre è di 32,1 anni l'età media al parto. Circa un quinto delle nascite registrate nel 2019 è da madre straniera. Tra queste, pari a un totale di 85 mila, 63 mila sono quelle prodotte con partner straniero (che quindi incrementano il numero di nati in Italia con cittadinanza estera), 22 mila quelle con partner italiano».

⁷⁰ Ma il tema è proponibile anche su scala mondiale.

⁷¹ Il nostro campo non può restare insensibile al filone mondiale degli studi demografici, sempre più nutrito nel ventunesimo secolo e concentrato sull'incidenza sociale, giuridica, economica, sanitaria, etc., dell'innalzamento della soglia di età media della popolazione mondiale. Spesso le ricerche rientrano nell'ambito di precise politiche governative dei singoli Stati, altre volte da ambienti scientifici, anche se una separazione così nitida può avere solo valenza convenzionale. Cfr., ad esempio, lo studio di United Nations Population Division, Department of economic and social affairs (DESA), *Replacement migration: is it a solution to declining ageing population?*, 2001, in un.org; S. GRUESCU, *Population ageing and economic growth: education policy and family policy in a model of endogenous growth*, Heidelberg, 2007; T. BENGTSOON (a cura di), *Population Ageing – A threat to Welfare State?: the case of Sweden*, Berlin, 2010; P. VANHUYSE – A. GOERRES (a cura di), *Ageing population in post-industrial democracies: comparative studies of policies and politics*, USA – Canada, 2012; S. VETTORI (a cura di), *Ageing populations and changing labour markets: social and economic impacts of the demographic time bomb*, Florida, 2016; P. DU – J. SUN, *Report on China's Aging Population and the development of geriatric care industry*, Montreal, 2020.

regole di convivenza sociale (variabile in relazione alla diversa combinazione dei suddetti fattori e della rilevanza loro singolarmente attribuita).

Ed è in tale prospettiva che può emergere un nesso tra la rilevanza giuridico-amministrativa della PMA eterologa, a sua volta potenzialmente collegabile alla variazione delle suddette componenti (in relazione al raggio di azione consentitogli dal diritto) e l'istanza di tutela delle generazioni future.

L'idea di un tale legame può collocarsi nell'alveo della generale tendenza alla sempre più marcata proiezione del modello di pubblica amministrazione oltre il tempo presente, nel senso che l'apprezzamento positivo della conformità delle sue scelte ai principi costituzionali (legalità e buon andamento, *in primis*) non dipende più esclusivamente dall'idoneità della concreta soluzione posta a presidio dell'interesse pubblico nel tempo attuale o nel breve periodo.

Pari peso riveste, infatti, la sua idoneità a non compromettere l'effettività dei diritti fondamentali della persona umana (*uti singulus* o quale componente di un consorzio sociale) che farà parte delle generazioni future (anche di quelle non ancora esistenti).

Conseguentemente, l'esito della valutazione⁷² dell'azione amministrativa (e, prima ancora, della sua organizzazione) sarà sicuramente negativo, ove non sia rintracciabile un adeguato momento programmatico o precauzionale.

Si è dell'idea che tale nuova caratteristica non dipenda esclusivamente dalla costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio⁷³, rilevante, come visto, anche nel nostro campo di indagine, e che pure ha svolto un ruolo determinante⁷⁴ nel porre alla ribalta il tema del costo dei diritti, rinnegando, allo stesso tempo, la tirannia assoluta della componente finanziaria.

La procedura di riequilibrio economico-finanziario⁷⁵ a livello locale ed il costante rapporto dialettico su di essa tra Corte costituzionale e Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti rivelano, ad

⁷² Ad esempio, in sede amministrativa, anche in autotutela; in sede di controllo diffuso; in sede giudiziale.

⁷³ La riforma ha, in estrema sintesi, esplicitato la "pregiudizialità" del problema finanziario-contabile rispetto a quello del parametro strettamente giuridico di valutazione dell'organigramma e dell'azione della pubblica amministrazione. Rinnegata la tirannia assoluta, però, del dato contabile sull'attuazione dei diritti (A. RUGGERI, *Crisi economica e diritti sociali sotto stress: il punto su una ricerca*, in S. GAMBINO (a cura di) *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015, 829 ss.; S. GAMBINO, *Crisi economica e diritti sociali con particolare riguardo al diritto alla salute, all'assistenza sociale ed all'istruzione*, in S. GAMBINO (a cura di) *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015, 45 ss.; W. NOCITO, *Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova*, in S. G. GAMBINO (a cura di) *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015, 145 ss.; C. SALAZAR, *Diritti sociali nel "gioco delle tre carte"*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei Diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 225 ss.), si è affermata quanto mai la nevralgia del criterio di ragionevolezza, delicatissimo punto di equilibrio appunto del "sistema" di valori racchiuso in Costituzione, alla cui ottimizzazione è votata la loro necessaria sintesi in nome del minor sacrificio possibile. Cfr. A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, in *Consulta online*, 2015, 2, 538 ss.; ID., *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in www.dirittifondamentali.it, 2015; ID., *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2002.

⁷⁴ Ben oltre le ragioni contabilistiche di contrasto della epocale crisi economica.

⁷⁵ Sia consentito rinviare a F. SICILIANO, *La procedura di riequilibrio finanziario pluriennale dell'ente comunale ed il problema della "coperta troppo corta": tra costituzionalizzazione della crisi da indebitamento ed inadeguatezza del nuovo modello di amministrazione "contabile"*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2019, 571 ss. In tale ambito tematico, spicca la sentenza della Corte costituzionale, 14 febbraio 2019, n. 18, in www.cortecostituzionale.it, an-

esempio, la preoccupazione di temperare il divieto di indebitamento ed il conseguenziale obbligo di riserva finanziaria per il ripiano del disavanzo, soprattutto al fine precipuo di evitare che il livello della qualità della vita delle generazioni future, nell'ambito delle autonomie territoriali, non venga compromesso definitivamente⁷⁶ o, comunque, non venga cristallizzato ad una opinabile soglia di sufficienza minima.

Stesso meccanismo è rinvenibile, infatti, in materia ambientale, ove la tutela delle generazioni future, espressa attraverso la vasta gamma applicativa dei principi di prevenzione e di precauzione⁷⁷, eviden-

che per aver attribuito particolare importanza alla cd. responsabilità intergenerazionale, quale nuovo paradigma costituzionale, il quale avvince indissolubilmente ed improcrastinabilmente il diritto con il tempo futuro, nel senso che, in ragione della deperibilità di determinate risorse primarie afferenti a diritti fondamentali (o alla sopravvivenza dello stesso genere umano), della massificazione del ricorso alla tecnologia e della limitatezza delle risorse finanziarie (nonché di altri fattori su cui non è possibile soffermarsi), la produzione della regola giuridica relativa deve tenere conto della modalità di protezione del medesimo bene, interesse o diritto fondamentale anche in relazione alle generazioni future: «Per quel che concerne la lesione al principio della copertura pluriennale è da sottolineare che la lunghissima dilazione temporale finisce per confliggere anche con elementari principi di equità intergenerazionale, atteso che sugli amministratori futuri verranno a gravare sia risalenti e importanti quote di deficit, sia la restituzione dei prestiti autorizzati nel corso della procedura di rientro dalla norma impugnata. Ciò senza contare gli ulteriori disavanzi che potrebbero maturare negli esercizi intermedi, i quali sarebbero difficilmente separabili e imputabili ai sopravvenuti responsabili» (punto. 5.2, sent. n. 18/2019 cit.).

⁷⁶ Unitamente al legame fiduciario elettorale in ambito locale.

⁷⁷ Sui quali non può certamente indugiarsi in questa sede. Cfr., nella fiorente elaborazione dottrina, R. FERRARA *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?* in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2012, 61 ss.; ID., *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amministrativo*, TAR, 2009, 1945; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 1-2, 62 ss.; F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2, 2011, 112; F. ASTONE, *Il principio "chi inquina paga" nell'ordinamento interno: il Codice dell'Ambiente*, in G. MOSCHELLA, A. M. CITRIGNO (a cura di), *Tutela dell'ambiente e principio "chi inquina paga"*, Atti del convegno di studi tenutosi a Messina il 14-15 marzo 2013, Milano, 2014, 41 ss.; B. CARAVITA (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, vol. XIII del *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006; F. FONDERICO, *Ambiente (tutela dell') – Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, Agg., XVI, Roma, 2008; ID., *Sviluppo sostenibile e principi del diritto ambientale*, in *Ambiente e sviluppo*, 10, 2009, 921 ss.; ID., *Valutazione d'impatto ambientale e amministrazione precauzionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2012, 69 ss.; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2008; A. MASSERA (a cura di), *Diritto amministrativo e ambiente. Materiali per uno studio introduttivo dei rapporti tra Scienze, Istituzioni e Diritto*, Napoli, 2011; M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, 1571 ss.; F. CIMBALI, *Tutela preventiva degli interessi ambientali e valutazione sopraggiunta degli impatti*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2019, 241 ss.; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; ID., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 437; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione nel diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 2004, 1075 ss.; G. A. PRIMERANO, *Il carattere multifunzionale dell'agricoltura tra attività economica e tutela dell'ambiente*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 837 ss.; M. G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto amministrativo*, 2018, 787 ss.; A. LONGO, F. M. DISTEFANO, *Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente fra diritto amministrativo e penale*, in *Federalismi.it*, settembre 2019, 1 ss. In generale, A. CROSETTI, R. FERRARA, C.E. GALLO, S. GRASSI, M. A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014.

zia la necessità di contenimento dell'avanzata tecnologica, non solo per migliorare le attuali e precarie condizioni ambientali, ma addirittura per fronteggiare il rischio della scomparsa dello stesso genere umano.

Sulla scia argomentativa, il medesimo tema ricorre in altri ambiti, come evidenzia l'azione di contrasto (invero ancora tenue, anche in via amministrativa) del fenomeno della ludopatia⁷⁸, che recentemente⁷⁹ ha segnato un importante punto a proprio favore a tutela delle generazioni future, nell'inserimento, da parte dell'Organizzazione mondiale della Sanità (Oms) nell'ultima versione dell'*International Classification of Diseases (Icd-11)* – pur se con decorrenza dal 1° gennaio 2022 – del cd. *gaming disorder*, disagio che si manifesta, ormai troppo frequentemente in età preadolescenziale ed adolescenziale.

Sulla stessa linea, non pare allora trascurabile la fibrillazione intorno alle questioni relative alla PMA eterologa, visto il peso della componente finanziaria e di quella tecnologica e della loro incidenza sulla riproduzione del genere umano e sulle conseguenze naturalistiche e sociali dei suoi ritmi.

Un indizio ulteriore a conforto della suddetta suggestione – rispetto a quello della configurazione *in subiecta materia* di un interesse diffuso – può essere individuato nell'attenzione che anche la giurisdizione ordinaria sta riservando ad istanze genitoriali collegate al riconoscimento della prole generata da PMA eterologa⁸⁰ (ed ai relativi riflessi amministrativi), oltre i confini della eterosessualità di coppia, esplicitamente distanziando l'argomento della compatibilità della bigenitorialità in coppie omosessuali con i valori ordinamentali fondamentali da quell'arresto della Cassazione favorevole all'adozione cd. non legittimante – ex art. 44, comma 1, lett. d), L. n. 184/83 – del figlio biologico del *partner* omosessuale⁸¹.

Il suddetto argomento, infatti, distoglie la PMA eterologa dal *focus* del superamento dei problemi di infertilità sessuale, proprio per ampliare la nozione di bigenitorialità, in prospettiva futura, quale possibile meccanismo di tutela dello sviluppo delle generazioni future, attraverso l'incisione della sua dimensione amministrativa (ossia quelle concernente le modalità di registrazione dello *status filiationis*).

⁷⁸ Il fenomeno ha dei risvolti amministrativi importanti nel senso che riguarda la contrapposizione tra forti interessi economici che non sono solo delle case produttrici delle apparecchiature di gioco e dei relativi programmi ma anche spesso statali, in relazione alla quale sia la sensibilizzazione antitetica che la regolazione rappresentano strumenti non efficaci a tutela della salute psichica della persona. Cfr., con riferimento al gioco lecito ed illecito in ambito statale, M. TIMO, *La tutela della concorrenza e della salute nella disciplina del gioco lecito*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 413 ss.

⁷⁹ In occasione della 72a edizione della *World Health Assembly* di Ginevra del 20 - 28 maggio 2019.

⁸⁰ Recentemente, ad esempio, il Tribunale di Milano (Sez. VIII, 24 ottobre 2018, n. 2934, in *dejure.it*) si è occupato del caso di una coppia maschile omosessuale di nazionalità italiana che, non potendo ricorrere alla tecnica della PMA eterologa in Italia (ex art. 5, L. n. 40/04), vi aveva provveduto con successo in California, secondo le modalità ivi consentite. Inoltre, la coppia adiva con successo la Corte superiore della California per la declaratoria del cd. *Parental Judgement*, ossia il riconoscimento dello *status filiationis* tra entrambi i componenti della coppia ed il nascituro.

⁸¹ Cass. civ., Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962, in *dejure.it*, la quale ritiene che l'orientamento sessuale della coppia non sia automaticamente pregiudizievole per la sfera di interesse del minore, ai fini dell'adeguata assunzione della responsabilità genitoriale. Cfr., pure, Cass. civ., Sez. I, 11 gennaio 2013, sull'affidamento del minore nato da coppia eterosessuale alla madre, che aveva successivamente instaurato un legame omosessuale.

La suggestione della riferibilità della tecnica riproduttiva in esame alle generazioni future è alimentata dal dubbio circa la possibile consistenza discriminatoria della limitazione della operatività della PMA eterologa alle coppie eterosessuali, su cui si sono ultimamente concentrate la stessa Corte costituzionale (risolvendolo negativamente)⁸² e la Corte di Cassazione (riproponendolo in termini problematici con precipuo riferimento alla compatibilità con l'ordine pubblico)⁸³.

L'apparente chiusura della Consulta, in realtà, traduce un imbarazzo che nulla ha a che fare con dietrologie discriminatorie, almeno a parere di chi scrive: riguarda probabilmente l'impossibilità di individuare gli argomenti metagiuridici da utilizzare in un contesto sociale così cangiante che appare, per questo, difficilmente definibile non in riferimento alla salute della coppia, ma in realtà, a quale possa essere il migliore benessere per il nascituro e, di riflesso in prospettiva, per le generazioni future.

Resta sullo sfondo, però, l'anelito costante alla tutela della prole o meglio delle generazioni future che, allo stato, non consente l'equiparazione della infertilità biologica a quella fisiologica della coppia omosessuale.

Il solido legame concettuale tra la riproduzione del genere umano (e l'idea di famiglia) e l'unione di uomo e donna supporta, ad oggi, l'esclusiva destinazione dell'applicazione di una tecnica di fecondazione artificiale all'eliminazione delle cause di sterilità (ossia le cause ostative alla normale modalità riproduttiva del genere umano).

⁸² Con la nota sentenza del 23 ottobre 2019, n. 221, in www.cortecostituzionale.it. Non è questa la sede per la disamina puntuale della decisione qui invocata ai nostri precipui fini. La Consulta ha specificato, nella citata sentenza n. 221/2019, che «la tutela costituzionale della salute non può essere intesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione». Si ritiene che il punto critico, sempre dal punto di vista logico, stia proprio qui: non viene minimamente accennato perché non è configurabile, in poche parole, una salute psico-fisica della coppia omosessuale (e, perché, se fosse configurabile, non avrebbe la medesima rilevanza costituzionale di quella della coppia eterosessuale). Non risultando possibile né proficuo soffermarsi su tutti i passaggi argomentativi (né sulle questioni giuridiche sottese), qui preme solo rilevarsi che la dichiarata irrilevanza giuridica⁸², nel caso concreto, della possibilità che solo le coppie più abbienti beneficino di trattamenti più favorevoli all'estero (diversamente dovendosi ipotizzare un inammissibile dovere di adeguamento dell'ordinamento interno alle normative estere più permissive) non è così solida come parrebbe, se solo la si confronti con l'intelaiatura della citata Corte cost. n. 162/2014 o con la giurisprudenza amministrativa sopra indicata sul rimborso delle prestazioni transfrontaliere autorizzabili.

⁸³ Per la quale non rimane scevra da problematicità la conclusione di ritenere compatibile con i valori costituzionali – e, dunque, non contraria all'ordine pubblico – la trascrizione di atto straniero *de qua*.

Non a caso, con ordinanza del 29 aprile 2020, n. 8325, in www.cortedicassazione.it, rimettendo la questione alla Consulta, la Suprema Corte di Cassazione ha dichiarato la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale «dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, dell'art. 18 del d.p.r. n. 396 del 2000 e dell'art. 65, comma 1, lett. g), della legge n. 218 del 1995, nella parte in cui non consentono, per contrasto con l'ordine pubblico italiano, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (c.d. maternità surrogata), del genitore d'intenzione non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 8 della CEDU, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della convenzione 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite sui diritti dei minori e dell'art. 24 della Carta di Nizza».

Non è da escludersi, tuttavia, che, pure in tale contesto, possa trovare spazio, circoscritto a determinate ipotesi ed in considerazione di altri fattori intergenerazionali⁸⁴ anche l'applicazione della PMA a coppie omosessuali, allo stesso modo in cui, in futuro (non più remotamente fantascientifico), non potrà non essere così certo che la riproduzione naturale sarà la modalità di gran lunga dominante di riproduzione del genere umano.

Così come non è da escludersi, in conseguenza, che le modulazioni del diritto amministrativo non possano operare in senso ampliativo sull'ambito di operatività della PMA eterologa a tutela delle generazioni future.

Essays

⁸⁴ Come, ad esempio, l'anzianità media delle coppie, il calo demografico, l'invecchiamento di alcune popolazioni, il progresso tecnologico, la valutazione dell'equilibrio psico-fisico del minore nell'ambito di coppia omosessuale o con genitore *single*.

