

## Le ricadute dell'emergenza sanitaria sulle procedure di fecondazione assistita

*Maria Pia Iadicicco\**

THE IMPACT OF THE PANDEMIC EMERGENCY ON MEDICALLY ASSISTED PROCREATION PROCEDURES

ABSTRACT: The paper analyzes the impact of CoViD-19 emergency on medically assisted procreation procedures. The aim is to draw from this specific case some ideas for a wider reflection on the issue of assisted fertilization and on the constitutional rights involved.

KEYWORDS: CoViD-19; pandemic emergency; medically assisted procreation; constitutional rights and freedoms; health

SOMMARIO: 1. PMA e CoViD-19. Un'occasione per più ampie riflessioni – 2. La cornice normativa e provvedimento della riorganizzazione delle attività sanitarie – 3. Il fattore età nella PMA: il requisito soggettivo dell'«età potenzialmente fertile» nella legge n. 40/2004 – 4. Il limite di età come condizione di erogabilità dei LEA.

### 1. PMA e CoViD-19. Un'occasione per più ampie riflessioni

L'eccezionalità dell'esperienza vissuta – e che stiamo a tutt'oggi vivendo – a causa della pandemia da CoViD-19 è stata evidenziata in tutti gli oramai innumerevoli scritti sul tema. Al riguardo e seppur con accenti diversi, si è unanimemente rimarcato come questa vicenda abbia fatto emergere paure e fragilità dell'umano, tanto più inusuali in un tempo in cui si è stati più avvezzi ad esaltarne la potenza, l'audacia e la capacità di superare ogni limite. Ognuno è stato costretto a vivere, in maniera inusuale, il rapporto con il proprio corpo, con le emozioni e con il tempo; siamo stati indotti a riscrivere, pur in via provvisoria, il palinsesto della nostra vita privata, familiare, di relazione e professionale, con effetti che, comunque, si riverteranno anche oltre l'emergenza.

Nel coro delle voci degli studiosi<sup>1</sup> che si sono cimentati nell'analisi di questa emergenza, l'attenzione della dottrina costituzionalistica si è appuntata principalmente sui profili formali e sostanziali delle fonti normative e dei provvedimenti approvati per reagire all'emergenza, analizzando il loro impatto sui diritti costituzionali, sulla forma di governo e sull'articolazione dei rapporti tra Stato e autonomie

---

\* *Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli". Mail: [maripia.iadicicco@unicampania.it](mailto:maripia.iadicicco@unicampania.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

<sup>1</sup> La precisazione è d'obbligo e rinvia all'annoso dibattito epistemologico sul metodo della scienza e della ricerca scientifica. Non si può non notare infatti che, specie in ragione del confinamento, il diffondersi di notizie sul virus e sull'epidemia nella rete internet abbia accresciuto notevolmente le note problematiche relative alla disinformazione scientifica e alla comunicazione, favorendo oltremodo il diffondersi di catene informative, non di rado prive di alcuna attendibilità.

territoriali<sup>2</sup>. Si sono riscontrate al riguardo plurime letture, anche se non proprio divaricate, talvolta distanti, pure nel lessico utilizzato (mai neutrale)<sup>3</sup>, oltreché nelle valutazioni circa la legalità e legittimità degli atti adottati.

Le brevi osservazioni che seguiranno si concentrano sulle ricadute dell'emergenza sui trattamenti di procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi PMA) con ciò intendendo<sup>4</sup> l'insieme delle tecniche medico-specialistiche che supportano la fase della fecondazione e di formazione dell'embrione nel processo riproduttivo.

L'oggetto pur circoscritto di questa riflessione disvela percorsi di analisi più ampi e ciò per molteplici ragioni. In primo luogo, la PMA è da ricondursi entro la più ampia cornice degli interventi medici finalizzati al sostegno della salute sessuale e riproduttiva, tutti evidentemente coinvolti, seppur non in identica misura, dallo scoppio della epidemia. L'emergenza CoViD-19 ha, infatti, fatto emergere la necessità di riorganizzare tutti i servizi sanitari (forme, tempi e modalità di accesso alle prestazioni) in

<sup>2</sup> Impossibile tener conto dell'immensa mole degli scritti dedicati all'emergenza sanitaria da CoViD-19. Per una rassegna della letteratura, soprattutto costituzionalistica, si veda *Articoli, paper e post blog apparsi in altre riviste e piattaforme online (Aggiornato al 21 luglio 2020)*, a cura di F. APERIO BELLA e M. MALVICINI, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19 – Rassegna di documentazione*.

<sup>3</sup> Ci si riferisce al ricorrente e talvolta confuso richiamo a nozioni come "stato di eccezione", "stato di guerra", "sospensione dell'ordine costituzionale" e, in relazione ai diritti costituzionali, "annullamento", "soppressione", "congelamento", "restrizione", "limitazione", "bilanciamento". Si tratta di concetti e categorie sulle quali indubbiamente questa pandemia ha contribuito a rinnovare l'attenzione, anche in vista di maggiori precisazioni; purtuttavia non si può dimenticare che essi hanno una consolidata dimensione giuridica, una portata e «contorni giuridici (sia pur relativamente) precisi», che non ne consentono un'evocazione a cuor leggero o una indistinzione, nè la piena fungibilità. Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *RivistaAic.it*, 2, 2020, 112.

<sup>4</sup> Si fa qui ricorso all'espressione "procreazione", fatta propria dallo stesso legislatore del 2004 per designare la procreazione medicalmente assistita, in luogo di altra terminologia (anche più ricorrente) nella letteratura medica e biologica, come "riproduzione". Per un'attenta analisi etimologia e semiologica del termine procreazione, v. A. GORASSINI, *Procreazione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, §2, per il quale questa espressione designa specificamente la generazione umana ed è da preferire a quella di riproduzione, riferita invece a quella animale e vegetale. Critica invece l'uso del termine "procreazione" in luogo di quello di "riproduzione", M. MORI, *La riproduzione assistita umana. Paradigmi a confronto con uno sguardo sui problemi posti dalla legge 40/2004*, in M. AZZALINI (a cura di), *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Roma, 2015, 20. Evidenzia l'«errore» compiuto dal legislatore nell'uso delle parole procreazione, fecondazione e riproduzione in base al loro significato scientifico anche F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020, 40 ss. che ne rimarca altresì la chiara scelta sottesa: «quello contenuto nel titolo della legge n. 40 non è, allora, solo un errore semantico, che origina dalla confusione fra le parole fecondazione e/o riproduzione e procreazione, ma è una precisa scelta che rivela l'intento del legislatore, poi confermato nel contenuto della legge, di orientare l'intera disciplina proprio alla "procreazione", intesa in senso neutro, come atto che non appartiene più solo alla donna, ma che è riferito ad una coppia, formata da un uomo e una donna, cui si aggiunge un medico, le cui valutazioni, nell'impostazione della disciplina, giungono, come vedremo, a sostituirsi all'autonomia della donna nelle decisioni sul suo corpo» (*ivi*, 42). Oltre all'asimmetria dei sessi nel processo procreativo (più che al riferimento dell'intero processo alla sola donna), bisogna in effetti considerare, ad ulteriore riprova della scelta ideologica sottesa alla legge n. 40/2004, che, a stretto rigore, il supporto medico-specialistico non investe tutte le fasi del processo o ciclo riproduttivo, ma principalmente quella della fecondazione con ulteriori distinzioni che derivano dalla specifica tecnica utilizzata.

ragione tanto dell'urgenza di contenere il rischio trasmissivo, quanto di prestare prioritaria attenzione ai malati di CoViD-19<sup>5</sup>.

Tra le prestazioni sanitarie relative alla sfera sessuale e riproduttiva maggiormente coinvolte dall'emergenza sanitaria deve certamente annoverarsi quella di interruzione volontaria della gravidanza (IVG) e ciò tenuto conto, in particolare, della profonda significanza e delle ripercussioni, su presupposti e forme di accesso alla stessa, determinati dal decorso del tempo. Sebbene, infatti, nel nostro ordinamento giuridico la praticabilità dell'aborto volontario non sia stata impostata, dalla legge n. 194 del 1978, sul sistema dei termini, ma su quello degli indicatori<sup>6</sup>, il decorso del tempo assume rilievo fondamentale per la valutazione delle condizioni legittimanti, degli accertamenti da svolgere e degli interventi praticabili per l'IVG nel primo trimestre o in quello successivo<sup>7</sup>. Fermo restando infatti che l'aborto può essere legittimamente praticato solo in caso di (serio o grave) pericolo per la salute della donna, dopo il primo trimestre il più avanzato grado di sviluppo del concepito e la maggiore pericolosità di un intervento chirurgico effettuato a gestazione progredita rendono necessario il ricorso a cautele particolari. Di qui la peculiare rilevanza del "fattore tempo" nelle pratiche di IVG, in ragione della quale, proprio all'indomani dello scoppio dell'epidemia e della riprogrammazione dei servizi sanitari, si è sviluppato un profondo dibattito non solo in Italia ma anche in altri Stati<sup>8</sup>, e ciò nonostante le non marginali distanze che possono riscontrarsi nella regolamentazione giuridica dell'aborto volontario. Nel nostro Paese, la discussione si è concentrata principalmente sui limiti di ricorso all'aborto farmacologico, già presenti prima della diffusione del nuovo coronavirus e resi solo più evidenti dall'emergenza sanitaria<sup>9</sup>, talvolta "cavalcata" proprio per restringere la praticabilità di interventi sanitari c.d. eticamente controversi<sup>10</sup>. Nel caso di specie, l'esito è stato quello

<sup>5</sup> Sulla riduzione delle prestazioni sanitarie in vista dell'esigenza di soddisfare la crescente necessità di ricovero dei pazienti più critici affetti da CoViD-19, v. le Circolari del Ministero della Salute n. 2619 del 29 febbraio 2020 (*Linee di indirizzo assistenziali del paziente critico affetto da covid-19*) e n. 2627 del 1° marzo 2020 (*Incremento disponibilità posti letto del Servizio Sanitario Nazionale e ulteriori indicazioni relative alla gestione dell'emergenza COVID-19*). Anche queste scelte non sono state esenti da critiche da parti di quanti hanno rilevato una sorta di discriminazione tra pazienti "di serie A" e pazienti "di serie B". Più ampiamente sui noti e non del tutto inediti problemi giuridici (oltre che etici) derivanti dall'adozione di criteri di selezione dei malati per l'accesso a trattamenti di sostegno vitale, v. C. CASONATO, *Salute ed eguaglianza alla prova dell'emergenza*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia*, Collana di studi di *Consulta OnLine*, 2019, 120 ss.

<sup>6</sup> Sui modelli di regolamentazione dell'IVG e su quello accolto nell'ordinamento italiano, si v. da ultimo l'ampio studio di B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017, 432 ss. e 461 ss.

<sup>7</sup> Cfr. artt. 4-8 L. n. 194 del 1978.

<sup>8</sup> Si veda, ad esempio, la discussione e gli sbocchi giudiziari delle decisioni assunte in alcuni Stati federati e dall'Amministrazione federale statunitense in materia di aborto e contraccezione, su cui L. PELUCCHINI, *L'aborto ai tempi del Covid-19: un diritto in bilico tra essenzialità e non-essenzialità nel panorama statunitense*, in *Diritticomparati.it*, 14 maggio 2020; E. CHIEREGATO, *La Corte Suprema e gli ultimi episodi della culture war su aborto e contraccezione: un commento a Little Sisters of the Poor v. Pennsylvania (2020)*, *ivi*, 10 settembre 2020.

<sup>9</sup> Molto efficacemente sul punto, F. GRANDI, *L'aggiornamento delle "Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine": l'ultima trincea dell'effettività del servizio di interruzione della gravidanza*, in *OsservatorioAic.it*, 5, 2012.

<sup>10</sup> Pare evidente infatti che tanto l'IVG, quanto la PMA – pur nelle peculiarità che connotano ciascuna esperienza specifica – rientrano nel novero delle prestazioni sanitarie (praticate cioè da personale che abbia specifiche competenze tecnico-specialistiche) eticamente controverse, in quanto coinvolgenti necessariamente

dell'approvazione di un *Aggiornamento delle Linee di indirizzo sulla interruzione volontaria di gravidanza con mifepristone e prostaglandine*, con il quale sono stati rivisti i limiti temporali e le modalità di somministrazione riportate nelle linee-guida del 2010; ma soprattutto l'esperienza maturata durante l'epidemia da CoViD-19 ha rinfocolato il dibattito, mai sopito, relativo alla natura dei diritti rivendicati da quanti pretendono l'accesso alle prestazioni sanitarie di IVG (diritto alla salute della madre; autodeterminazione della donna su ogni decisione inerente il proprio corpo, diritto alla privacy) e, come si avrà modo di osservare, anche di PMA (diritto a diventare genitore, diritto alla salute della coppia, interesse allo sviluppo demografico).

Un ulteriore motivo di più ampia riflessione, muovendo dall'analisi specifica delle ricadute dell'emergenza sanitaria sulle procedure di PMA, è offerto dalla valutazione dell'impatto asimmetrico dell'epidemia. Da più parti si è evidenziato come essa abbia colpito più duramente soggetti già vulnerabili, perché già malati o bisognosi di assistenza o anche solo perché socialmente più deboli<sup>11</sup>. Ma, non di meno, non sono mancati studi che hanno focalizzato l'attenzione sull'impatto, sempre asimmetrico, dell'epidemia rispetto al genere<sup>12</sup>. Ed in questo senso, proprio tutte le vicende legate alla riproduzione, ivi comprese la PMA, rappresentano uno dei terreni elettivi per l'approfondimento di questo profilo, in quanto consentono di mettere in luce il differente contributo maschile e femminile alla procreazione<sup>13</sup> e le specificità legate alla salute riproduttiva delle donne<sup>14</sup>. Inoltre, anche in

---

convincimenti individuali e concezioni sociali sulla vita umana (e, in particolare sul suo inizio), sulla tutela da riconoscere alla vita nascente, nonché le idee di famiglia e genitorialità, idee che possono (e solitamente sono in società plurali) anche molto distanti tra di loro. È comunque molto importante non confondere le diverse dimensioni delle problematiche in parola, onde evitare inappropriati slittamenti di piano e trascurando che questi temi chiamano in causa anche diritti costituzionali. Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 3: «il riferimento alla dimensione della delicatezza etica [...] non può costituire il pretesto per legittimare ogni e qualsiasi posizione al riguardo, come se si potesse dire tutto e il contrario di tutto, né deve far dimenticare che si tratta di vicende che coinvolgono pienamente il diritto (spesso costituzionale) e i diritti (spesso fondamentali)».

<sup>11</sup> Cfr. C. CASONATO, *op. cit.*; D'ALOIA, *Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, special issue 1, 2020, 20; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *OsservatorioAic.it*, 3, 2020, 117 ss.; G. DE MINICO, *Relazione introduttiva*, in ID., M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia*, cit., 2 ss.; M. D'AMICO, *Emergenza sanitaria e i diritti dimenticati*, *ivi*, 96 ss.

<sup>12</sup> M. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 97 ss.

<sup>13</sup> Cfr., nel dibattito costituzionalistico italiano e seppur in diversa prospettiva L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006; B. PEZZINI, *La riproduzione al centro della questione di genere. Premesse per un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della GPA (gravidanza per altri)*, in C. BELLONI, A. BOSIA, A. CHIARLONI, C. SARACENO (a cura di), *CIRSDe. Un progetto che continua. Riflessioni e prospettive dopo 25 anni di studi di genere. Atti del Convegno*, Torino, 2018, 88 ss.; S. NICCOLAI, *Surrogacy e principio mater semper certa in dialettica, per riscoprire il valore del materno*, *ivi*, 108 ss.; nonché i contributi sul tema delle stesse Autrici da ultimo raccolti nel volume curato da B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella costituzione e nel costituzionalismo*, Torino, 2019.

<sup>14</sup> Sull'impatto del CoViD-19 sulla salute delle donne, si vedano gli approfondimenti pubblicati nella pagina web dell'Istituto Superiore di sanità, <https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-differenze-generi>. Ma per una più ampia riflessione sull'approccio di genere nella medicina e in sanità v. anche A. LORENZETTI, *L'accesso a beni e servizi sanitari come prisma dell'uguaglianza, fra non discriminazione, parità e diritto alla differenza: verso la formulazione di un principio di antisubordinazione di genere*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo*, cit., 252 ss.

questa occasione, si è avuta l'opportunità di riflettere ulteriormente sulle conseguenze derivanti dall'inquadramento della PMA in una prospettiva terapeutica, tale comunque da non mortificare l'autodeterminazione delle donne o rafforzare concezioni ancora (r)esistenti attorno al c.d. sesso debole.

In sostanza, quindi, pure l'emergenza da CoViD-19 ha spinto ad approfondire la questione nodale dei diritti sottesi all'accesso a tali prestazioni sanitarie, consentendo di rimarcare il profondo legame, di condizionamento reciproco, esistente tra effettività dei diritti e organizzazione amministrativa e, in specie, tra diritto alla salute ed organizzazione sanitaria<sup>15</sup>, nonché di rivelare l'appropriatezza, se non proprio la necessità, di un approccio alle tematiche procreative secondo una prospettiva di genere.

Non da ultimo e in stretta connessione con quanto accennato, l'impatto dell'emergenza sanitaria ha palesato ancor di più la stretta concatenazione che tiene insieme libertà, diritti, doveri e responsabilità nel nostro ordinamento giuridico, fondato su principi supremi, come quelli enunciati nell'art. 2 Cost., la cui «architettura»<sup>16</sup> rivela il legame tra riconoscimento dei diritti e adempimento dei doveri di solidarietà.

## 2. La cornice normativa e provvedimentale della riorganizzazione delle attività sanitarie

Per compiere il percorso di riflessione appena abbozzato è opportuno ricostruire preliminarmente il quadro normativo e delle misure adottate in relazione all'oggetto specifico di nostro interesse.

Al rapido infittirsi degli atti adottati dal Governo (e dal Presidente del Consiglio dei ministri) e dalle Regioni per il contrasto e il contenimento della diffusione del nuovo coronavirus, recanti generali misure restrittive o anche solo raccomandazioni su comportamenti da tenere o evitare per impedire la diffusione del contagio, si sono affiancati alcuni provvedimenti dedicati propriamente ai trattamenti di PMA. Tra questi, prima in ordine temporale, è intervenuta la nota congiunta<sup>17</sup>, diramata il 17 marzo 2020, dal Centro Nazionale Trapianti e dal Registro di PMA. In essa si raccomandava<sup>18</sup>, nonostante l'assenza di evidenze scientifiche circa la trasmissione del virus attraverso l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita, l'adozione di alcune cautele e, precisamente, la sospensione della pratica della donazione di gameti per soggetti che avessero avuto diagnosi d'infezione da Covid19 o anche soltanto potenziale contagio e si sollecitava i centri di PMA, che si fossero avvalsi di gameti provenienti da banche estere, ad acquisire certificazioni supplementari sulla previa valutazione negativa del rischio di infezione per il donante. Nella Nota si suggeriva altresì di sospendere «in via prudenziale» l'attività ambulatoriale e ogni trattamento (con o senza donazione di gameti) per le coppie che non avessero ancora iniziato la stimolazione ormonale e che non presentassero «indicazioni di ur-

<sup>15</sup> A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Diritto Pubblico*, 2008, 407 ss.

<sup>16</sup> Si riprende testualmente l'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 114 del 2019, richiamata anche da M. D'AMICO, *op. cit.*, 50.

<sup>17</sup> *Misure di prevenzione della trasmissione dell'infezione da nuovo Coronavirus (SARS-CoV-2) in Italia per le cellule riproduttive e i trattamenti di PMA (procreazione medicalmente assistita). Aggiornamento del 13.3.2020.*

<sup>18</sup> È da segnalare che, in premessa, il Centro Nazionale Trapianti e il Registro PMA hanno precisato la loro natura di organismi tecnici, in quanto tali non competenti a dare indicazioni vincolanti sull'esecuzione o meno di trattamenti sanitari o sull'adozione di misure organizzative, in quanto trattasi di materia di competenza regionale.

genza al trattamento per età o situazione sanitaria». Tra le prestazioni ritenute urgenti e perciò non differibili, si raccomandava di ricomprendere anche quelle di crioconservazione dei gameti finalizzate alla preservazione della fertilità in soggetti oncologici o da sottoporre a terapie gonadotossiche.

Il crescente rischio di espansione dell'epidemia, oltre le zone più circoscritte inizialmente colpite da contagi, ha indotto, come noto, le autorità competenti ad adottare misure più restrittive valide sull'intero territorio nazionale ed, in particolare e per quanto di nostro specifico interesse, ad approvare atti volti ad assicurare l'omogeneità delle misure di riorganizzazione delle attività ospedaliere e ambulatoriali, affidate alla competenza regionale. Con la Circolare del Ministero della Salute n. 7422 del 16 marzo 2020<sup>19</sup> si è indicata una più chiara distinzione tra attività (ambulatoriali e di ricovero)<sup>20</sup> procrastinabili, e perciò da riprogrammare alla luce degli sviluppi epidemiologici della diffusione del virus, e attività non procrastinabili, considerate clinicamente indifferibili in base alla valutazione del rapporto rischio-beneficio. Ulteriori indicazioni operative sono state fornite con la circolare di aggiornamento del 25 marzo 2020<sup>21</sup> nella quale si è ribadita la sospensione di tutte le attività di ricovero ospedaliero, ad eccezione di quelle considerate non procrastinabili<sup>22</sup>. Contestualmente alla sospensione si sollecitavano gli organi competenti a riprogrammare le attività considerando però tutta la rete di offerta ospedaliera, tanto pubblica, quanto privata. Infine, e nell'ottica di fornire ancora maggiori chiarimenti funzionali ad assicurare l'omogeneità delle misure adottate, con la circolare n. 8076 del 30 marzo 2020<sup>23</sup> si raccomandava di includere nelle attività non procrastinabili, sia ambulatoriali che di ricovero, tutte una serie di prestazioni ivi comprese alcune «volte alla tutela della salute materno-infantile», tra le quali al punto 26 figuravano anche le procedure di PMA (Procreazione medicalmente assistita) «esclusivamente per pazienti già in trattamento che devono effettuare prelievo ovocitario ed embriotransfer».

Da questo iniziale rapido *excursus* dei provvedimenti adottati possono trarsi alcune prime considerazioni di particolare interesse: in primo luogo, deve rimarcarsi che, anche con riguardo al rischio di trasmissione del virus attraverso l'applicazione delle tecniche di PMA, le decisioni prese siano state assunte in condizioni di incertezza e sulla base del principio di precauzione. In questo senso, anche in ambito riproduttivo si sono posti i ricorrenti dubbi sull'applicazione del principio in parola e in particolare sulla proporzionalità delle misure restrittive adottate, portando ulteriormente a galla il nodo di fondo relativo al rapporto tra valutazioni tecnico-scientifiche e decisione politica<sup>24</sup>. In secondo luo-

<sup>19</sup> *Linee di indirizzo per la rimodulazione dell'attività programmata.*

<sup>20</sup> Rese nell'ambito del SSN.

<sup>21</sup> *Aggiornamento delle linee di indirizzo organizzative dei servizi ospedalieri e territoriali in corso di emergenza COVID-19.*

<sup>22</sup> Precisando che tra queste rientravano i ricoveri in regime di emergenza e i ricoveri elettivi oncologici e quelli non oncologici con classe di priorità A (come definita dal PNGLA 2019-2021, di cui all'Intesa Stato-Regioni 21.02.2019).

<sup>23</sup> *Chiarimenti: Linee di indirizzo per la rimodulazione dell'attività programmata differibile in corso di emergenza da COVID-19.*

<sup>24</sup> Su cui v. almeno A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2020, 119 ss., e il precedente e più ampio studio ID., *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org).

go e a prescindere dalle incertezze legate alla trasmissione perinatale del virus – che invero interessano anche le gravidanze avviate senza inseminazione o fecondazione assistita –, la necessaria mobilità dei pazienti (talvolta anche interregionale) e il coinvolgimento di plurime strutture necessarie per il completamento del percorso di PMA hanno indotto ad assumere particolari cautele, che si sono tradotte, in sostanza, nella sospensione di quasi tutti i trattamenti. In terzo luogo, anche durante questa fase sospensiva si è posta l'esigenza di definire quali prestazioni legate alla salute sessuale e riproduttiva dovessero considerarsi urgenti e dunque non procrastinabili.

Con avvio della c.d. "fase due" e dell'allentamento graduale delle misure restrittive e precauzionali precedentemente assunte, anche il quadro specifico relativo alle attività di PMA è stato modificato. Il 5 maggio è stata diramata una nuova nota tecnica del Registro Nazionale PMA e del Centro Nazionale Trapianti<sup>25</sup> che, tenuto conto dei documenti assunti da società scientifiche nazionali e internazionali, ha inteso offrire alcune indicazioni, per la graduale ripresa dell'attività di PMA all'insegna della sicurezza per i pazienti e gli operatori sanitari coinvolti; ferme restando le determinazioni assunte dalle Regioni in materia, anche in questa fase si è poi inteso assicurare una certa omogeneità nella riorganizzazione dei servizi sanitari. In particolare, nella nota si raccomandava, oltre all'assunzione di ulteriori precauzioni per le pratiche di donazioni dei gameti<sup>26</sup>, di assicurare, nella riprogrammazione delle attività, la priorità agli interventi sospesi durante la fase precedente e a quelli rivolti a coppie che, per ragioni di età o condizioni cliniche, avessero urgenza di avviare il percorso di PMA (si pensi ad esempio alle coppie la cui partner femminile presentasse una ridotta riserva ovarica).

### 3. Il fattore età nella PMA: il requisito soggettivo dell' «età potenzialmente fertile» nella legge n. 40/2004

Come si è avuto modo di verificare, tanto durante la sospensione delle attività di PMA, quanto e soprattutto in occasione della ripresa dei trattamenti, uno dei profili venuti in rilievo è stato quello dell'età dei pazienti e, più precisamente, delle donne, in quanto strettamente collegato prima alla determinazione dell'urgenza dell'intervento e poi alla fissazione delle priorità nella fase della ripresa. In questo senso, è possibile rilevare sin d'ora l'importanza del "fattore tempo" anche nell'ambito dei procedimenti di PMA (oltre a quelli di IVG) ed una differente valutazione legata al sesso e alle caratteristiche biologiche degli uomini e delle donne.

Attesa la rilevanza della questione, anche su sollecitazione di diverse associazioni<sup>27</sup> e società scientifiche<sup>28</sup>, alcune Regioni hanno deciso di prorogare i termini per l'inizio dei trattamenti per le pazienti in

---

<sup>25</sup> *Misure di prevenzione della trasmissione dell'infezione da nuovo Coronavirus (SARS-CoV-2) in Italia nell'ambito delle attività che comportino prelievo ed utilizzo di cellule riproduttive e dei trattamenti di PMA.* Poco prima, il 2 maggio 2020, il Registro Nazionale della Procreazione Medicalmente Assistita (PMA) dell'Istituto Superiore di Sanità (ISS) aveva avviato un'indagine conoscitiva sulle attività di PMA svolte in Italia durante la pandemia da COVID-19, per valutarne l'impatto nelle diverse realtà regionali e nei diversi contesti assistenziali.

<sup>26</sup> Menzionando per la prima volta, accanto ai casi di utilizzo di banche estere e di donazioni "pure" a terzi, le c.d. donazioni di gameti soprannumerari.

<sup>27</sup> Si veda la lettera inviata il 20 aprile 2020 al Presidente del Consiglio, al Ministro della salute e a tutti i Presidenti di Regione e Assessori alla salute dalle Associazioni "Luca Coscioni per la libertà di ricerca

lista di attesa, che non avessero ancora iniziato la stimolazione farmacologica e che avessero raggiunto, durante la sospensione delle attività per l'emergenza CoViD-19 e prima del ripristino di quelle ordinarie, il limite di età previsto dalla normativa regionale. Sulla *ratio* di tale limite e, dunque, della proroga, ad oggi disposta solo da alcune Regioni<sup>29</sup> – come anche sul fondamento dell'ulteriore richiesta rivolta al Ministro della Salute<sup>30</sup> di rimuovere, tra le condizioni di erogabilità dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), il limite di età della donna di 46 anni – è necessario svolgere più approfondite riflessioni, onde fugare possibili e ricorrenti equivoci.

Va anzitutto precisato che la legge n. 40/2004 indica tra i requisiti soggettivi per l'accesso ai trattamenti di PMA «l'età potenzialmente fertile» (art. 5); essa quindi non fissa in termini numerici e rigidi l'età massima di accesso<sup>31</sup>, ma introduce una regola per la cui determinazione si tiene conto dell'età media in cui donne e uomini possono riprodursi “naturalmente” e con propri gameti, età che la scienza ginecologica ed andrologica hanno individuato per le donne intorno ai 51 anni e che, invece, per gli uomini dura tutta la vita<sup>32</sup>. L'assenza di fertilità per ragioni fisiologicamente connesse alla età non è dunque intesa dal legislatore<sup>33</sup> come condizione patologica rimovibile attraverso il ricorso alle tecnologie riproduttive<sup>34</sup>.

scientifici”; “L'altra cicogna ONLUS”; “Associazione Cerco un Bimbo”; “SOS infertilità”; “Amica Cicogna”; “Unbambino.it”.

<sup>28</sup> V. *Statement from British Fertility Society (BFS) and Association of Reproductive Clinical Scientists (ARCS)*, consultabile all'indirizzo <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2020/04/Guidance-for-the-care-of-fertility-patients-during-the-Coronavirus-COVID-19-Pandemic-%C2%BB-British-Ferti-1-1-1-2-1.pdf>.

<sup>29</sup> V. Comunicato della Regione Lazio del 18 aprile 2020; Comunicato della Regione Toscana del 23 aprile 2020; Comunicato della Regione Campania del 12 aprile 2020 (reperibili nei siti istituzionali delle rispettive Regioni).

<sup>30</sup> Si veda la lettera inviata il 29 maggio 2020 dalle Associazioni “Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica”; “L'altra cicogna ONLUS”; “SOS infertilità”; “Cerco un Bimbo”; “La mano di Stella” “Un Bambino.it” “Amica Cicogna”; “Unbambino.it”; “Liberi di decidere”; “HERA”; “VOX Diritti”.

<sup>31</sup> Così U. SALANITRO, sub. *Articolo 5, Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, civile*, in L. BALESTRA (a cura di) *Della famiglia*, in E. GABRIELLI (diretto da) *Commentario del codice*, Leggi collegate, Torino, 2010, 541: «[I]a norma non indica un'età a partire dalla quale non sarebbe ammesso l'accesso alla procreazione, rimettendo la valutazione alla discrezionalità tecnica del medico: conseguentemente, al fine di evitare che tale valutazione non sia esercitata con la dovuta serenità, si è escluso che la violazione della norma sia soggetta a sanzione».

<sup>32</sup> Cfr. M. BALISTRERI, *Perché non è giusto vietare l'accesso alla riproduzione assistita alle donne in menopausa*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2017, 145 (e ivi ulteriori richiami alla letteratura medica): «[n]ella nostra specie, gli uomini sono “potenzialmente fertili” vita natural durante, in quanto possono produrre spermatozoi capaci di fecondare un ovulo fino alla morte. Anche la fertilità degli spermatozoi diminuisce nel corso del tempo, ma un uomo può avere un figlio biologico (a partire dai propri spermatozoi) anche in età molto avanzata. Le donne, invece, sono considerate in età “potenzialmente fertile” fino ai 51 anni, perché, in media, è da quest'età che esse non producono più ovociti fecondabili».

<sup>33</sup> Per il punto di vista di un biologo, v. G. CHIEFFI *Le leggi della biologia e la donna in menopausa*, in *Bioetica e complessità*, Milano Udine, 2019, 127 ss.

<sup>34</sup> Per una distinzione tra infertilità “patologica” e infertilità “fisiologica” o “sociale”, cfr. Corte costituzionale, sent. n. 221 del 2019, punto 12 del Considerato in diritto: «l'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti». Ricorre pertanto anche in questo passaggio della motivazione il riferimento ad un argomento naturalistico.

Per giustificare tale decisione si è sostenuto che, in una legge fortemente e generalmente connotata dalla volontà di regolare i rapporti scaturenti dall'applicazione delle nuove tecnologie riproduttive ricalcando il modello di procreazione "naturale"<sup>35</sup>, anche la previsione in parola dovrebbe essere funzionale ad evitare una differenza di età eccessiva tra genitori e figli, volendo perciò salvaguardare il benessere del nascituro risparmiandogli «un destino segnato da una precoce orfanità»<sup>36</sup>. Invero, pur non potendo negare che questa sia stata una delle principali finalità perseguite dal legislatore del 2004 nella fissazione del requisito in parola – che voleva appunto porre un argine al fenomeno delle "mamme-nonne" –, sulla legittimità dello stesso si sono continuati a levare dubbi. Tra questi uno dei più significativi investe, più a monte, l'appropriatezza del ricorso ad argomenti naturalistici (la «natura delle cose»<sup>37</sup>) per giustificare decisioni politiche (o l'impotenza del legislatore «a scardinare la tradizione sedimentata da tempo immemorabile»<sup>38</sup>) e dunque, in questo senso, anche il riferimento all'età in cui si è "naturalmente" fertili richiamerebbe il tema, più generale e spinoso, del rapporto tra natura ed artificio. Inoltre, anche volendo tralasciare le differenze quanto a potenziale fertilità di uomini e donne e appuntando l'attenzione sull'interesse del nascituro, si possono in effetti nutrire dei dubbi sulla ragionevolezza di una distinzione tra rilevanza dell'età materna e irrilevanza dell'età paterna; detto altrimenti e in termini un po' provocatori, se ciò che conta è il benessere del nato, perché mai la legge non dovrebbe preoccuparsi anche di una possibile (anche se imprevedibile) orfanità dal lato paterno?

Per uscire dalle strettoie in cui ci imbatte attraverso questi ragionamenti, bisogna allora provare a correggere il percorso. Senza trascurare il carattere comunque limitativo del requisito dell'età potenzialmente fertile, ma tenuto conto dell'esigenza, sempre più avvertita, di assicurare un'interpretazione della legge n. 40/2004 costituzionalmente orientata<sup>39</sup>, il requisito in parola può essere inteso – non ostando a ciò il dato letterale – come rimessione alla valutazione medico-specialistica dei rischi connessi *anche* all'età della donna<sup>40</sup>. Più precisamente, una simile lettura consente di affidare al sapere medico, all'esito di una valutazione da effettuarsi caso per caso e alla luce delle concrete condizioni della donna, l'analisi dei rischi cui la stessa, anche in ragione dell'età, sarebbe esposta a seguito dell'applicazione delle tecniche (alla stimolazione ovarica, ad esempio), dell'instaurazione di una gravidanza (probabilità di aborti spontanei) o del parto. Interpretata in tal

<sup>35</sup> Cfr. da ultimo Corte costituzionale, sent. n. 221 del 2019: «l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad instar naturae – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale».

<sup>36</sup> F. MANTOVANI, *Procreazione medicalmente assistita e principio personalistico*, in *Legislazione penale*, 2005, 328.

<sup>37</sup> Su cui si rinvia, anche per ulteriori riferimenti alla sterminata letteratura sul tema, a I. MASSA PINTO, *La superbia del legislatore di fronte alla «natura delle cose»*, Torino, 2012.

<sup>38</sup> *Ibidem*, e precedentemente v. anche I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, «Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». *Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Diritto pubblico*, 2010, 471 ss.

<sup>39</sup> Ed in particolare funzionale ad assicurare anche il fondamentale diritto alla salute della madre, oltre ad assicurare appropriate garanzie per il nascituro e ciò specie alla luce delle sollecitazioni in tal senso provenienti dalla giurisprudenza costituzionale.

<sup>40</sup> A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Torino, 2012, 77; U. SALANITRO, *op. cit.*, 541 ss.

senso la disposizione opererebbe un rinvio mobile<sup>41</sup> alle *leges artis*, evitando la cristallizzazione di una regola rigida, definita in connessione solo con l'età anagrafica e affidando invece all'autonomia e alla responsabilità del medico la valutazione dei rischi clinici parametrati alla specificità del caso concreto<sup>42</sup>.

Certo, come si è fatto argutamente notare<sup>43</sup> sorprende che un legislatore, come quello del 2004, il quale ha preteso di «farsi medico»<sup>44</sup> – limitando fortemente gli spazi di valutazione e di scelta rimessi al sapere scientifico in ordine alle tecniche da applicare (embrioni da produrre e impiantare, secondo la originaria formulazione dell'art. 14) – abbia invece poi prestato particolare attenzione a non sottrarli per la valutazione dei rischi connessi all'età della donna. Ciò spinge quindi a rintracciare ulteriori ragioni sottese alla previsione di cui all'art. 5 della legge n. 40/2004. Una di queste potrebbe risiedere nella volontà di perseguire, anche per questa via, una precisa politica della fertilità, volta a contrastare la tendenza, largamente diffusa, a posticipare la generazione di un figlio arrivando così alla tarda età in cui fisiologicamente non si è più fertili, problema che, come già precisato, riguarda solo la donna e non l'uomo. Questa lettura e in particolare la giustificazione etica che la sottende – peraltro non esente da critiche<sup>45</sup> – non pare comunque sufficiente ad assicurare la ragionevolezza del richiamo all'età potenzialmente fertile per le conseguenze limitative che ne derivano su diritti di sicuro fondamento costituzionale. A tal fine è necessario spingersi oltre per rinvenire argomenti di natura propriamente giuridico-costituzionale. Ora, proprio l'interpretazione costituzionalmente orientata prima accennata consente di conciliare la previsione del limite di età con la finalità terapeutica e quindi di salvaguardia della salute individuale della donna, che oramai contrassegna l'intera legge n. 40/2004, specie dopo gli interventi manipolatori del giudice costituzionale. Tuttavia, è possibile rinvenire un'ulteriore giustificazione da collegarsi ad un altro interesse meritevole di tutela, o meglio, ad un'ulteriore dimensione del diritto costituzionale alla salute: la scelta del legislatore di promuovere la preservazione della fertilità, avvertendo come essa è legata anche all'avanzare dell'età, potrebbe essere funzionale a preservare il diritto alla salute inteso come interesse della collettività<sup>46</sup>, nell'ottica quindi di prevenire una condizione di infertilità diffusamente – anche se non unanimemente<sup>47</sup> – per-

<sup>41</sup> Su questa tecnica cfr. S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, 135 ss.

<sup>42</sup> Sulla scorta quindi di un orientamento giurisprudenziale, confermato anche in occasione dei giudizi di legittimità costituzionale che hanno investito la legge n. 40 del 2004, per il quale «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentt. n. 151 del 2009; n. 162 del 2014)

<sup>43</sup> A. VALLINI, *op. cit.*, 78.

<sup>44</sup> L'espressione è di M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2009.

<sup>45</sup> Cfr. M. BALISTRERI, *Perché non è giusto vietare l'accesso alla riproduzione assistita alle donne in menopausa*, cit.

<sup>46</sup> Così A. VALLINI, *op. cit.*, 78-79.

<sup>47</sup> Rilievi critici sulla considerazione dell'infertilità come patologia e sulla finalità terapeutica quale principale strategia legittimante delle tecnologie riproduttive, in A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute e dignità*, Milano Udine, 2020, 34 ss. e 72 ss. (e ivi ulteriori riferimenti al pensiero femminista), la quale avverte la necessità di indagare il tema delle tecnologie riproduttive con uno «sguardo diversamente problematico [...] allargando la visuale sia alla complessità dell'esperienza femminile sia al più ampio contesto culturale, sociale e politico in cui quelle tecnologie sono impiegate».

cepita come causa di disabilità<sup>48</sup>. Per di più – e pare questo un profilo talvolta trascurato – se si tiene conto anche dei rischi e delle complicazioni legate all'applicazione delle tecniche di PMA in età avanzata, pare tutt'altro che irragionevole la scelta del legislatore di limitarne e prevenirne, ove possibile, il ricorso, il che potrebbe anche rispondere allo scopo di non alimentare speranze nella "potenza della tecnica" e quindi la convinzione «che si potranno avere figli quando li si desidera e che, se ciò [dovesse risultare] difficile la medicina e la tecnica aiuteranno a realizzare questo obiettivo»<sup>49</sup>.

Se una tale lettura, una volta slegata dal suo possibile fondamento etico e collegata ad un diritto di sicuro rilievo costituzionale, consente di ridurre le perplessità attorno ad essa, si deve comunque sottolineare, con altrettanta incisività, come il perseguimento di politiche della fertilità possa facilmente scivolare e trasmodare, ove non adeguatamente calibrate nei contenuti e nelle forme (ivi comprese le modalità della comunicazione)<sup>50</sup>, nell'imposizione di modelli familiari o di convincimenti di carattere etico, il che evidentemente confligge con la garanzia dell'autodeterminazione specie in ordine a questioni le quali toccano la sfera più intima delle concezioni personali e della vita di relazione. Non dimeno, solo nel rispetto dei limiti anzidetti e tenuto conto di altri possibili scivolamenti "accidenta-

<sup>48</sup> Così espressamente Corte costituzionale, sent. n. 162 del 2014.

<sup>49</sup> A. DI MARTINO, *op. cit.*, 34.

<sup>50</sup> Non poche polemiche ha suscitato la campagna di preservazione della fertilità avviata nell'ambito del Piano Nazionale per la Fertilità, *Difendi la tua fertilità, prepara una culla nel tuo futuro*, predisposto dal Ministero della Salute nel maggio 2015 (reperibile in <https://bit.ly/31JxglT>). Le critiche hanno investito non certo il tema trattato e l'impegno assunto da parte delle istituzioni pubbliche di diffondere informazioni utili concernenti la fertilità, la prevenzione dell'infertilità e, in generale, la genitorialità cosciente e responsabile, quanto piuttosto hanno riguardato i toni, le modalità comunicative, gli argomenti adottati a sostegno di una progressiva riduzione delle nascite (tra questi in particolare, «la crescita del livello di istruzione per le donne», *ivi*, 35), e gli strumenti (da alcuni ritenuti contraddittori o paternalistici) messi in campo per addivenire agli obiettivi prefissati. In effetti, anche mettendo da parte le discutibili modalità comunicative, non si può negare che alcune considerazioni riportate nel documento, se sommate ad altre e sempre più ricorrenti affermazioni sulle ragioni che dovrebbero indurre a incrementare le nascite, lasciano trasparire un approccio politico al tema della denatalità il quale non solo pare confondere i determinanti sociali del fenomeno, ma manifesta ancora qualche resistenza nella concezione della procreazione come scelta rimessa a valutazioni individuali e di coppia e non come dovere anche nei confronti della comunità politica. Non si fatica, in effetti, a rinvenire anche in questo documento segni di una ripresa di forme di «controllo sul corpo sociale della popolazione (biopolitica)», (così L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2010, 12), meno eclatanti ma non molto distanti da affermazioni ricorrenti in alcuni esponenti politici sulla necessità di preservare la nazione italiana e i suoi cittadini dall'invasione di persone, particolarmente prolifiche, provenienti da altre parti del pianeta. Si è poi correttamente osservato come possano ascrivere a questo medesimo orizzonte biopolitico alcune previsioni in materia di immigrazione, con i flussi e le quote di accoglienza degli immigrati, «che si risolv[ono], alla fine, in un controllo politico sulla "nascita" della comunità» (*ibidem*). Come pure, sempre a questo indirizzo si riconducono, secondo G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, Napoli, 2009, 820-821, le iniziative assunte nel corso della XVI legislatura dal ministro Sacconi in materia di aborto, (erroneamente) collegato alla denatalità italiana e percepito come un pericolo per la «nostra stessa identità etnica, sempre più minacciata dalle altre molteplici identità presenti nel territorio nazionale, e costituite da popolazioni ben più prolifiche. Siamo qui in presenza di un elemento di carattere antropologico, per qualche aspetto legato ai risorgenti nazionalismi, essendo l'idea stessa di "nazione", come luogo in cui si perpetuano i legami di sangue e di appartenenza, fortemente connessa al controllo sul corpo femminile e sulla sua funzione riproduttiva».

li", è possibile marcare una chiara distanza tra politiche di preservazione della fertilità, così congelate, e campagne di incitamento all'incremento demografico, le quali, nell'esperienza italiana rinviano ad un passato, come noto, tutt'altro che glorioso<sup>51</sup>.

#### 4. Il limite di età come condizione di erogabilità dei LEA

Se quanto sinora criticamente osservato investe il requisito dell'età potenzialmente fertile di cui alla legge n. 40/2004, considerazioni di diversa natura devono essere avanzate con riferimento al limite dell'età previsto nel d.P.C.M. 12 gennaio 2017, che per la prima volta ha inserito le prestazioni di PMA omologa ed eterologa nell'elenco dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA)<sup>52</sup>. Analoghe previsioni, recanti un preciso limite di età per la donna, sono rinvenibili anche in atti regionali che sono stati approvati prima dell'inserimento della PMA nei LEA (e quindi come prestazioni erogate extra-LEA) e dopo l'aggiornamento del 2017.

Prima di ogni altra cosa, va evidenziato che in questo contesto il limite di età integra una condizione di erogabilità delle prestazioni di PMA *con oneri a carico del Sistema Sanitario Nazionale*. Scopo precipuo di queste previsioni è, quindi e a nostro avviso, non già quello di restringere l'accesso ai trattamenti in parola, individuando requisiti soggettivi ulteriori o più restrittivi di quelli indicati nella legge n. 40, quanto quello di determinare criteri per l'erogazione di tali prestazioni in strutture pubbliche e private convenzionate e dunque con oneri a carico del sistema pubblico.

Nella c.d. fase due dell'emergenza sanitaria da CoViD-19 l'attenzione si è appuntata proprio su questi limiti di età ed è stata sollecitata la proroga del termine di accesso definito dall'età della donna, onde evitare quindi che chi lo avesse visto spirare durante la sospensione o si avvicinasse al raggiungimento dello stesso dovesse poi rinunciare ad avviare il percorso di PMA avvalendosi del SSN. Va quindi ancora puntualizzato che il superamento di questi limiti di età non preclude l'accesso alla fecondazione assistita per quelle coppie nelle quali la donna, secondo l'interpretazione prima riferita, non presenti contrindicazioni ad un trattamento anche tardivo; tuttavia, in questo caso, il costo dello stesso, notoriamente elevato, rimarrebbe interamente a carico esclusivo della coppia, e ciò evidentemente solleva altri problemi e stimola ulteriori riflessioni, le quali investono principalmente le di-

<sup>51</sup> Ci si riferisce alla politica di espansione demografica intrapresa dal regime fascista, e avente peraltro anche una chiara coloritura razziale, che trovava pure nella repressione penale della propaganda anticoncezionale (art. 553 c.p.) uno strumento utile. In tema cfr. M. MAZZIOTTI, *Incitamento a patiche contro la procreazione e Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, 67 ss; E. GRASSI, *Ancora in tema di buon costume, politica demografica e altre cose*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1971, 531 ss. (a commento delle sentenze della Corte costituzionale n. 9 del 1965 e 49 del 1971).

<sup>52</sup> Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 12 gennaio 2017, recante *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 50*. Il nuovo Nomenclatore della specialistica ambulatoriale (Allegato 4) include le prestazioni di PMA omologa ed eterologa; l'art. 49 del decreto prevede che siano a carico del SSN le prestazioni di raccolta, conservazione e distribuzione di cellule riproduttive finalizzate alla PMA e che le coppie che si sottopongono alle procedure di PMA eterologa contribuiscono ai costi delle attività, nella misura fissata dalle regioni e dalle province autonome. Nell'Allegato 4D (*Elenco note e corrispondenti condizioni di erogabilità/indicazioni appropriatezza prescrittiva*), ai numeri 13 e 14 si prevede il limite di età («fino al compimento del 46° anno») e il numero massimo di cicli («fino a 6 cicli») erogabili dal SSN.

scriminazioni derivanti dalle capacità economiche dei pazienti con effetti maggiormente pregiudizievoli per chi versa in maggiore condizione di bisogno.

In effetti, il costo dei trattamenti di PMA ha rappresentato, nel corso dell'esperienza applicativa della legge n. 40 del 2004, un profilo particolarmente spinoso e ciò specie all'indomani del venir meno del divieto assoluto di praticabilità della fecondazione di tipo eterologo e dell'accentuarsi della disomogeneità, quanto a disponibilità di strutture pubbliche e quantificazione economica delle prestazioni, tra le diverse Regioni. Ma, invero, anche prima della sentenza n. 162 del 2014 pure l'accesso alla PMA presentava profili di ineffettività, iniquità e differenziazione su base territoriale e ciò andava imputato al mancato inserimento della PMA nei LEA e all'impossibilità per le Regioni sottoposte a piani di rientro dai deficit sanitari di erogare prestazioni non espressamente previste in quell'elenco<sup>53</sup>. Pertanto, già in quel contesto e pure con riferimento alle condizioni di erogabilità delle prestazioni legati all'età della donna, la Conferenza Stato-Regioni aveva tentato di fornire indirizzi unitari giungendo alla stipula di due Accordi<sup>54</sup>, il cui seguito ha dato comunque luogo a diversi contenziosi giudiziari. Il primo giudice a pronunciarsi, in ordine di tempo, è stato il TAR Veneto. Con la sentenza 8 maggio 2015, n. 501, il giudice amministrativo ha annullato la delibera della Giunta regionale del Veneto (n. 1645/2014) che stabiliva, quale condizione per l'accesso alla fecondazione eterologa con costi a carico del SSN, l'età massima per la donna di 43 anni, laddove per la fecondazione omologa il limite precedentemente fissato era quello del 50° anno di età.

È bene precisare che oggetto di contestazione era sia la previsione da parte della Regione di un preciso limite di età, ritenuto illegittimo in quanto al riguardo il legislatore statale ha fissato il criterio della «età potenzialmente fertile» (art. 5, l. n. 40/2004), sia la differenziazione di quel limite per la fecondazione omologa e eterologa.

Il TAR, pur ritenendo fondato il ricorso per entrambi i motivi, ha rilevato in particolare l'ingiustificata discriminazione derivante dalla previsione di limiti di età diversi per l'accesso alle due tecniche<sup>55</sup> e a

<sup>53</sup> Per approfondimenti sia consentito rinviare a M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *RivistaAic.it*, 1, 2018, 21 ss.

<sup>54</sup> Nel primo documento, approvato il 4 settembre 2014, era stata sottolineata l'urgente necessità di inserire le tecniche di PMA sia omologa, sia eterologa (comprese le attività antecedenti e successive alla formazione *in vitro* degli embrioni) nel d.P.C.M. recante i Livelli essenziali di assistenza (LEA) e, nelle more dell'attivazione dell'Autorità competente, la Conferenza aveva ritenuto necessario proporre sia criteri omogenei per l'accesso ai trattamenti a carico del SSN, sia una quantificazione economica degli stessi, nella consapevolezza che solo alcune Regioni erano già intervenute su questi cruciali profili e, comunque, solo limitatamente alla fecondazione omologa. Nel successivo documento del 29 settembre 2014, la Conferenza aveva indicato una tariffa unica convenzionale per quantificare i costi degli stessi, venendo così incontro all'ulteriore necessità di regolare le compensazioni tra Regione e Regione legate alla mobilità interregionale.

<sup>55</sup> Così espressamente TAR Veneto, sent. 501 del 2015: «Va innanzitutto premesso che l'interesse fatto valere dai ricorrenti, così come rappresentato in ricorso, è quello di ottenere, senza ingiustificate discriminazioni, anche per le ipotesi di eterologa, l'applicazione dei criteri mantenuti validi, per effetto della deliberazione qui impugnata, per l'omologa, così potendo usufruire del limite di età della donna più favorevole e che, conseguentemente, anche la decisione richiesta in ordine ai profili di illegittimità denunciati (previsione discriminatoria che impone il limite di età più restrittivo solo per l'eterologa) deve essere limitata al suddetto petitum, onde accertare se detta diversa regolamentazione sia legittima o meno in relazione alla denunciata disparità di trattamento e se abbia un adeguato supporto motivazionale. Invero, come puntualmente

tal fine ha richiamato la sentenza n. 162/2014, nella quale la Corte costituzionale ha sostenuto che la PMA di tipo omologo e quella di tipo eterologo rappresentano due *species* di un unico *genus*<sup>56</sup>. Senza disconoscere che il limite dei 43 anni di età per l'accesso alla PMA con donazione di gameti era stato concordato nel documento della Conferenza Stato-Regioni del 4 settembre 2014, il giudice amministrativo ha ritenuto irragionevole il suo recepimento da parte della Regione Veneto, avendo questa mantenuto il diverso limite di età per la fecondazione omologa.

Se si tiene in debito conto quest'ultimo profilo, ovvero l'effetto discriminatorio derivante dalla previsione di due limiti di età diversi, può destare qualche perplessità l'accoglimento da parte del TAR Veneto (e poi in seguito anche da parte del TAR Lombardia) del primo motivo di ricorso fondato sulla violazione da parte della Regione dell'art. 5 della legge n. 40/2004. Come già si è avuto modo di osservare, a nostro avviso, le due previsioni sui limiti di età perseguono finalità diverse: in un caso, quello della legge n. 40, di evitare rischi soprattutto sulla salute della donna (tant'è che la valutazione degli stessi è rimessa alla valutazione medico-scientifica caso per caso); nell'altro, quello delle delibere regionali, di fissare una condizione di accesso alla prestazione per la sua erogazione da parte dal servizio sanitario pubblico, che quindi, in questa circostanza, risponderebbe all'obiettivo di consentire alle Regioni di prevedere, programmare e dimensionare le risorse impiegate a tal fine.

Del resto, specie se si analizzano anche i ricorsi e le decisioni, che hanno avuto ad oggetto delibere sul punto della Regione Lombardia, può cogliersi facilmente come il criterio dell'età, con differenziazione tra PMA omologa ed eterologa – il quale non trova giustificazione della scienza medica –, sia stato utilizzato da quella Regione per negare o rendere più gravoso l'accesso a prestazioni sanitarie eticamente controverse, le quali, invece, trovano fondamento nell'esigenza di soddisfare lo stesso diritto di rango costituzionale: quello alla salute riproduttiva delle coppie sterili o infertili.

Se questo è il profilo dirimente della questione pare pienamente condivisibile l'esito e il percorso argomentativo invece tracciato dal Consiglio di Stato<sup>57</sup> per confermare una sentenza di primo grado del TAR Lombardia<sup>58</sup>, con la quale erano state annullate due delibere della Giunta lombarda<sup>59</sup>. Queste ultime erano state assunte facendo leva sulla discutibilissima lettera del diritto alla salute come «diritto finanziariamente condizionato» e ponevano a carico integrale degli assistiti il costo delle prestazioni per la PMA di tipo eterologo, laddove, invece, per la PMA omologa, la Regione aveva previsto il solo pagamento di un ticket<sup>60</sup>.

---

specificato nell'epigrafe del ricorso, oggetto della richiesta di annullamento, in parte qua della delibera regionale, è la prescrizione che stabilisce solo per l'eterologa il limite del 43° anno di età per la donna».

<sup>56</sup> Secondo L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa*, cit., 1008, questo «presupposto, richiamato dalla Corte, che l'eterologa sia una *species* del *genus* PMA e che procedure e tecniche della procreazione omologa possano essere semplicemente adattate all'eterologa è poco condivisibile. L'eterologa, non è una variante qualsiasi della fecondazione assistita omologa e il suo utilizzo cambia gran parte dei criteri dati della legge 40, dato che implica una vicenda che vede l'intervento esterno di un terzo nella formazione della famiglia: il donatore/donatrice di gameti.

<sup>57</sup> Sentenza del 21 luglio 2016, n. 3297.

<sup>58</sup> TAR Lombardia, Sez. III, n. 2271/2015.

<sup>59</sup> Deliberazioni della Giunta della Regione Lombardia del 19 settembre 2014, n. X/2344 e del 7 novembre 2014, n. X/2611.

<sup>60</sup> Il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'amministrazione lombarda è incorsa nel vizio dell'eccesso di potere nel momento in cui ha fissato condizioni diverse per accesso alle prestazioni di PMA omologa ed eterologa –

Di converso, desta ancora più perplessità, se confrontata con questo precedente del Consiglio di Stato, un'altra decisione resa dal TAR Lombardia<sup>61</sup> su un ricorso esperito da una coppia, assolutamente infertile e interessata a praticare la PMA con donazione di gameti, per l'annullamento della delibera della Giunta (n. X/7628 del 28 dicembre 2017) nella parte in cui, recependo (ma dopo la condanna dapprima richiamata) i contenuti dell'Accordo stipulato nella Conferenza Stato-Regioni il 4 settembre 2014, prevedeva il limite dell'età della donna di 43 anni per l'accesso alla PMA eterologa e un numero massimo di 3 cicli effettuabili presso strutture sanitarie pubbliche. Il giudice amministrativo, in questo caso, ha ritenuto fondato il ricorso anzitutto per il dirimente motivo della violazione del limite di cui all'art. 5 della legge n. 40 e, dunque, per il contrasto della delibera con una fonte primaria statale, ma anche per l'aver introdotto un limite numerico di cicli pari a 3. Sull'accoglimento del primo motivo non possono che ribadirsi i dubbi già espressi con riferimento alla pronuncia del TAR Veneto (esplicitamente richiamata dal TAR Lombardia), nella quale comunque veniva opportunamente messo in risalto l'ingiustificata discriminazione tra coppie affette dalla medesima patologia derivante dalla previsione di limiti di età diversi per l'accesso alle due tecniche di PMA omologa ed eterologa. Quanto alla illegittimità del limite numerico di cicli effettuabili con oneri a carico del servizio sanitario regionale, invece, il giudice amministrativo lombardo, pur non ravvisando al riguardo una violazione di alcuna disposizione di legge, ha ritenuto che la Regione non possa con proprio atto amministrativo e senza alcuna giustificazione di carattere scientifico introdurre solo per la PMA eterologa limiti più stringenti, in quanto ciò determinerebbe una violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. discriminando coppie affette dalla medesima patologia. Invero, anche a tal proposito, conta evidenziare che la previsione di un limite numerico di cicli è prevista pure nel d.P.C.M. sui nuovi LEA del 2017, ma l'entrata in vigore delle disposizioni relative ai trattamenti di PMA è subordinata all'approvazione di un decreto ad oggi ancora mancante e in carenza del quale restano in vigore le disposizioni approvate dalle singole Regioni<sup>62</sup>.

Ancora una volta dunque inerzie e ritardi stanno determinando la persistenza di differenziazioni nel godimento di diritti legati a prestazioni che devono essere garantite uniformemente sull'intero territorio nazionale e sebbene l'esperienza del CoViD-19 abbia fatto riscoprire l'importanza del Servizio Sanitario Nazionale<sup>63</sup> e le conseguenze pregiudizievoli di una politica sanitaria, quale quella perseguita negli ultimi anni, caratterizzata da riduzioni e tagli lineari, l'eccezionalità e la delicatezza della si-

---

finanziando la prima e ponendo a totale carico degli assistiti la seconda – senza esternare una plausibile ragione discrezionale di questa sua scelta, ma limitandosi ad addurre non meglio specificate esigenze finanziarie. Così facendo quindi la Regione ha operato, all'interno di una categoria di pazienti aventi la medesima patologia, un'irragionevole discriminazione, senza che dai provvedimenti possa evincersi quale sia il bilanciamento operato dall'Amministrazione tra il diritto alla salute e i vincoli di bilancio, con l'ulteriore effetto, rivelato anche dalla Consulta nella sentenza n. 162/2014, di penalizzare soprattutto i malati meno abbienti.

<sup>61</sup> Sezione III Sentenza 19 luglio 2019, n. 1681.

<sup>62</sup> Art. 64, co. 2, d.P.C.M. del 12 gennaio 2017: «Le disposizioni in materia di assistenza specialistica ambulatoriale [...] entrano in vigore dalla data di pubblicazione del decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per i servizi sanitari regionali, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, [...] per la definizione delle tariffe massime delle prestazioni previste dalle medesime disposizioni».

<sup>63</sup> R. BALDUZZI, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?*, in *Corti supreme e Salute*, 172020, 67 ss.; G.C. DE MARTIN, *Il Servizio sanitario nazionale dopo la pandemia: quale futuro*, in *Amministrazione in cammino*, 29 maggio 2020.

tuazione venutasi a creare a seguito della diffusione dell'epidemia potrà comportare ulteriori rallentamenti. E ciò sembra tanto più probabile specie quando questo stato di cose investe e si interseca con le note problematiche legate alla garanzia di prestazioni sanitarie che sollevano anche delicati conflitti etici. Senz'affatto rinnegare che nel disciplinare l'accesso alla PMA si debba tener conto di altri interessi costituzionali meritevoli di tutela, va evidenziato invece come la riconduzione di quella pretesa, ove avanzata da coppie affette da malattie riproduttive, all'art. 32 Cost. e non già ad un generico diritto di autodeterminazione comporti la doverosa erogazione della prestazione al ricorrere dei presupposti legali di accesso e la necessità per le amministrazioni sanitarie di assumere scelte organizzative a ciò funzionali. A quest'ultimo riguardo e proprio con riferimento alla definizione dei criteri di erogabilità delle prestazioni di PMA da parte del SSN, ci sembra che le maggiori perplessità sulla legittimità degli stessi discendano non già dalla violazione dell'art. 5 della legge n. 40/2004 (che risponde, come si è precisato, ad altri obiettivi e non preclude la praticabilità della PMA "a spese proprie"), quanto da una valutazione dell'adeguatezza di criteri, facenti leva solo sull'età della donna e non su altri<sup>64</sup>, ai fini di un più equo accesso a queste prestazioni<sup>65</sup> e della realizzazione di quella finalità redistributiva che caratterizza propriamente i diritti sociali.

Anche in questo senso quindi pare possibile rinvenire nel diritto costituzionale alla salute un fondamento giustificativo per l'accesso alla PMA da parte di coppie sterili e infertili ben più solido del richiamo ad un presunto diritto a diventare genitori o ad avere dei figli o ancora all'incremento della natalità, evocato anche in occasione dell'emergenza sanitaria da CoViD-19<sup>66</sup>. Non v'è dubbio infatti che quest'ultima esperienza, oltre a riportare sotto i riflettori criticità già esistenti o in parte ad aggravarle, abbia riproposto interrogativi cruciali sul tema, inducendo ad approfondire ulteriormente la questione di fondo relativa al fondamento giuridico-costituzionale della pretesa di quanti rivendicano di diventare genitori avvalendosi delle moderne tecnologie riproduttive.

<sup>64</sup> Come, ad esempio, la condizione di indigenza o comunque il reddito effettivo della coppia; le patologie all'origine della condizione di sterilità.

<sup>65</sup> Il che significa tutelare specie chi versa in maggiore condizione di bisogno.

<sup>66</sup> Specie nella discussione più recente e da parte di associazioni esponenziali v'è il tentativo di "agganciare" il tema dell'accesso alla PMA a questioni demografiche, come la denatalità e l'invecchiamento della popolazione, giungendo, nelle ricostruzioni più ardite, a prefigurare un diritto a diventare genitori e a formare una famiglia con figli non solo come interesse del singolo (o della coppia), ma anche in funzione del soddisfacimento di un interesse collettivo, che coinvolgerebbe le generazioni future, se non proprio l'intero genere umano e la sua sopravvivenza (cfr. v. Associazione Luca Coscioni, *Fecondazione assistita: "Siano garantiti i trattamenti urgenti per limiti di età"*, in <https://www.associazionelucacoscioni.it/> e in dottrina F. SICILIANO, *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*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 209 ss.). Questa proposta di inquadramento è a mio avviso poco convincente, giacché si fonda su argomenti facilmente confutabili (alla denatalità italiana potrebbe replicarsi che un problema altrettanto avvertito dal genere umano è quello della sovrappopolazione, su cui R. BIFULCO, *Sovrappopolazione, qualità della democrazia e sviluppo sostenibile*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta OnLine*, 20 luglio 2020); non trova riscontro nella giurisprudenza costituzionale (ferma nell'accogliere una giustificazione terapeutica al ricorso alla PMA); ma potrebbe persino rivelarsi estremamente scivolosa, potendo condurre a prefigurare politiche di sviluppo e controllo demografico difficilmente conciliabili con diritti di sicuro fondamento costituzionale (cfr. anche *retro* nota n. 50).