

## Fecondazione eterologa: dal riconoscimento del diritto alla sua (in)effettività?\*

di Roberta Lugarà \*\*  
(6 marzo 2015)

### 1.- La sent. n. 162 del 2014 e il problema dell'individuazione della disciplina immediatamente applicabile alle tecniche di fecondazione eterologa.

Com'è noto, con la sent. 10 giugno 2014, n. 162, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di cui all'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004<sup>1</sup>. In particolare, la Consulta ha riconosciuto il diritto ad accedere alle tecniche di procreazione eterologa, nei casi in cui la

\* Scritto sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> La sentenza è stata accolta con vivo interesse dalla dottrina, che ne ha considerato approfonditamente tutti i principali nodi problematici. Fra i numerosi commenti, v. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta OnLine*, 11 giugno 2014; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta OnLine*, 13 giugno 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 giugno 2014; V. TIGANO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 giugno 2014; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 giugno 2014; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3 luglio 2014; F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 599 sgg.; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 603 sgg.; A. MUSUMECI, "La fine è nota". Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2014; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2014; V. BALDINI, *Diritto alla Genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo*, in *www.dirittifondamentali.it*, 15 settembre 2014; C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 17 giugno 2014; A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *diritti-cedu.unipg.it*, 26 giugno 2014; C. NARDOCCI, *La Corte costituzionale decide per l'incostituzionalità della fecondazione eterologa e sospende il dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, FrancoAngeli, 2014, 112 sgg. La dottrina si era occupata del tema anche prima della sent. n. 162 del 2014: v. ad esempio, i contributi raccolti in A. COSSIRI, G. DI COSIMO (a cura di), *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, Roma, Aracne, 2013; B. VIMERCATI, A. OSTI, *Le limitazioni alla procreazione medicalmente assistita: ragionevoli scelte legislative o illegittime interferenze dello Stato?*, in A. Pérez Miras, G.M. Teruel Lozano, E.C. Raffiotta (a cura di), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia; Sfide per i diritti della persona dinanzi al XXI secolo: Vita e Scienza; Challenges of individual rights in XXI century: Life and Science*, Navarra, Aranzadi, 2013; E. ORLANDI, *Fecondazione eterologa e diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche*, *ibid.*

fecondazione omologa risulti inefficace o non praticabile a causa della sterilità o dell'infertilità assoluta ed irreversibile della coppia. Tale pronuncia ha posto il problema di individuare la disciplina applicabile alle "nuove" <sup>2</sup> tecniche di procreazione medicalmente assistita. La questione è stata in parte risolta dalla stessa Corte costituzionale, la quale, esclusa la reviviscenza degli atti amministrativi che regolavano le tecniche di fecondazione eterologa prima del 2004<sup>3</sup>, ha ritenuto che i profili di più pregnante rilievo siano compiutamente disciplinati da norme già esistenti nell'ordinamento. In particolare, l'eliminazione del divieto di fecondazione eterologa (*species* del *genus* procreazione medicalmente assistita) ha avuto l'effetto di estendere anche alle tecniche precedentemente vietate le condizioni ed i principi già previsti, in via generale, dalla l. n. 40 del 2004<sup>4</sup>. Con riferimento, poi, ai tratti specifici della fecondazione eterologa, connessi all'utilizzo di gameti provenienti da soggetti estranei alla coppia, la Consulta ha ritenuto estensibile l'applicazione della disciplina di cui al d. lgs. n. 191 del 2007, che attua la direttiva 2004/23/CE sulle norme di qualità e sicurezza per cellule e tessuti umani ad uso clinico<sup>5</sup>. Un punto sul quale si è viceversa ammessa l'esistenza di un vuoto normativo è quello relativo al numero massimo di donazioni, che la Corte ha ritenuto potersi fissare con atto di livello secondario, ovvero in sede di aggiornamento delle linee guida di cui all'art. 7 della l. n. 40 del 2004. Ancora, la Corte ha rilevato che la fecondazione eterologa non comporta rischi per la salute eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, *"purché eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati"*<sup>6</sup>. Anche tali protocolli, come dimostra l'esperienza

---

2 In realtà, come ricorda la sent. n. 162 del 2014, la fecondazione eterologa, prima dell'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004, era *"«lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi»"* ed era praticata da centri privati operanti *"nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 [...], del 27 aprile 1987 [...] e del 10 aprile 1992 [...], nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997 [...], poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997"*; *Considerato in diritto*, par. 5.

3 Cfr. *Considerato in diritto*, par. 10.

4 Ciò vale, esemplificando: per il requisito della certificata assenza di strumenti terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità richiesto dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1; per le condizioni relative al sesso e all'età della coppia di cui all'art. 5; per i principi di gradualità e del consenso informato di cui agli artt. 4, comma 2, e 6; per l'estensibilità anche alla fecondazione eterologa delle linee guida di cui all'art. 7; per la regolamentazione delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di PMA ai sensi degli artt. 10 e 11. Viene esteso, poi, alla fecondazione eterologa: l'apparato sanzionatorio già previsto dall'art. 12, commi da 2 a 10; la regolamentazione dello stato giuridico del nato di cui all'art. 8 e, nella parte non censurata dalla Corte costituzionale, all'art. 9.

5 In ordine, ad esempio, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore e alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario.

6 Cfr. *Considerato in diritto*, par. 9.

della PMA omologa<sup>7</sup>, non richiedono l'intervento di una fonte primaria, ma sono demandati ad atti amministrativi dello Stato e delle Regioni. La sent. n. 162 del 2014, pertanto, tratteggia un quadro normativo sostanzialmente completo e idoneo a consentire l'immediata applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

## **2.- La posizione governativa: la presunta necessità di attendere l'intervento legislativo statale per dare il via alla PMA eterologa.**

All'indomani del deposito della sentenza, la questione dell'immediata accessibilità ai trattamenti sanitari di cui si discute e quella della loro rimborsabilità a carico del SSN hanno dato luogo ad un acceso dibattito istituzionale che ha visto contrapporsi lo Stato alle Regioni (e alle Province autonome) e l'emergere, tra queste, di posizioni differenziate. Secondo la tesi governativa, esposta dal Ministro della Salute nel corso dell'audizione tenutasi presso la Commissione Affari sociali della Camera il 29 luglio 2014<sup>8</sup>, "la fecondazione eterologa non può essere considerata una semplice variante di quella omologa, perché implica un'azione in più, totalmente nuova rispetto all'omologa: la selezione di un donatore di gameti". Per tale ragione, l'applicazione della nuova tecnica richiederebbe un previo intervento normativo statale che stabilisca i criteri di selezione del donatore<sup>9</sup>, il numero massimo delle donazioni e l'istituzione di un Registro Nazionale dei Donatori idoneo a garantire la tracciabilità donatore-nato. Tale intervento dovrebbe rivestire la forma di un atto di rango primario, "essendo questo il rango del contesto normativo correlato già in vigore". Quanto al regime di rimborsabilità delle nuove tecniche, sottolineata la necessità di mettere le strutture pubbliche in condizione di garantirne la prestazione<sup>10</sup>, il Ministro ha preannunciato l'intenzione di inserire la fecondazione eterologa nel d.P.C.M. recante l'aggiornamento dei Livelli essenziali di assistenza e, nelle more dell'aggiornamento, di voler immediatamente destinare a tal scopo una parte

<sup>7</sup> Accanto alle già citate linee guida, deve ricordarsi che, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 40 del 2004, spetta alle Regioni e alle PP.AA. definire "a) i requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture; b) le caratteristiche del personale delle strutture; c) i criteri per la determinazione della durata delle autorizzazioni e dei casi di revoca delle stesse; d) i criteri per lo svolgimento dei controlli sul rispetto delle disposizioni della presente legge e sul permanere dei requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture".

<sup>8</sup> Il testo dell'audizione è consultabile sul sito <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/12/audiz2/audizione/2014/07/29/leg.17.stencomm.data20140729.U1.com12.audiz2.audizione.0014.pdf>.

<sup>9</sup> Da attuarsi tramite il recepimento dei "criteri di selezione ed esami di laboratorio richiesti per i donatori di cellule riproduttive" previsti nell'allegato III della direttiva 2006/17/CE, da ultimo modificato dalla direttiva 2012/39/UE.

<sup>10</sup> Si è già accennato, alla nt. 2, come prima dell'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004 la fecondazione eterologa fosse praticata solo all'interno di centri privati.

del Fondo Sanitario Nazionale. Tale obiettivo, insieme a quello “di mettere regioni e centri PMA in condizioni di partire subito con l’eterologa”, avrebbe potuto essere raggiunto una volta “approvato il decreto legge” che il Ministro si proponeva di presentare al tavolo del Consiglio dei Ministri.

La proposta di intervenire con decretazione d’urgenza si è arenata, però, già in seno al Consiglio dei Ministri dell’8 agosto. Con lettera ai capigruppo della Camera e del Senato<sup>11</sup>, infatti, il Ministro della Salute ha reso noto che il Governo non ha condiviso la proposta ministeriale di intervenire con decreto-legge, ritenendo al contrario opportuna, tenuto conto delle implicazioni etiche della materia, non solo l’adozione di una legge, ma addirittura l’iniziativa parlamentare di quest’ultima. Tale decisione ha avuto l’effetto di ritardare l’approvazione di una disciplina organica della materia, che a tutt’oggi manca. Attualmente pendono, infatti, diverse proposte di legge, di colore politico diverso, per le quali non è ancora iniziato l’esame o che ancora attendono l’assegnazione in commissione<sup>12</sup>. Il legislatore è invece intervenuto su una questione puntuale, ma di fondamentale importanza, istituendo, con una norma *ad hoc* inserita nella legge di stabilità per il 2015<sup>13</sup>, il Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Questa circostanza appare davvero significativa e su di essa, pertanto, si tornerà *infra*. Per il momento, deve osservarsi che il Registro è doppiamente utile, in quanto da una parte consente di garantire la tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dal donatore al nato e viceversa<sup>14</sup>, dall’altra consente il conteggio dei nati dalle cellule riproduttive di un medesimo donatore. Finalità, queste, che sarebbe stato impossibile garantire con una pronuncia della Corte costituzionale o, ancor di più, attraverso l’intervento puntuale dei giudici ordinari e che, d’altra parte, difficilmente avrebbero potuto essere perseguite a livello regionale, essendo del tutto fisiologico che l’utilizzazione delle cellule riproduttive di un

---

11 La lettera è stata pubblicata in data 11 agosto 2014 sul sito [http://www.salute.gov.it/portale/news/p3\\_2\\_1\\_1\\_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1701](http://www.salute.gov.it/portale/news/p3_2_1_1_1.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=1701).

12 C.2654, presentata dall’On. Fucci (FI-PDL); C.2627, presentata dall’On. Fioroni e altri (PD); C.2632, presentata dall’On. De Girolamo e altri (NCD); S.1636, presentata dalla Sen. Bianconi e altri (NCD).

13 Art. 1, comma 298, della l. 23 dicembre 2014, n. 190, recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*”.

14 Tracciabilità che è fondamentale non solo per garantire il diritto del minore a conoscere le proprie origini genetiche, nei limiti – si badi – in cui si voglia riconoscere un siffatto diritto (sul punto, v. E. ORLANDI, *Fecondazione eterologa e diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche*, cit., 171 sgg.), ma anche per consentire al donatore e al nato di contattarsi per ragioni sanitarie, come nel caso in cui uno dei due scopra di soffrire di una patologia trasmissibile geneticamente ovvero necessiti di un trapianto di tessuti da donatore compatibile.

medesimo donatore avvenga nel territorio di diverse Regioni (se non, addirittura, di diversi Stati membri dell'UE<sup>15</sup>).

### **3.- La posizione delle Regioni: un panorama composito tra immediato accesso ai trattamenti e rimborsabilità a carico del SSN.**

Come si è anticipato, le Regioni (e le PP.AA.) hanno dato un'autonoma lettura della sent. n. 162 del 2014, ritenendo che non fosse loro preclusa l'immediata applicabilità delle indicazioni provenienti dalla Consulta indipendentemente da un previo intervento statale. Se, nella maggioranza dei casi, queste si sono trovate d'accordo nel dare diretta attuazione alla sentenza della Corte costituzionale, le soluzioni in concreto adottate si sono poi differenziate pel profilo del regime di rimborsabilità delle prestazioni.

A fare da apripista ha pensato la Regione Toscana che, con delibera della Giunta regionale 28 luglio 2014, ha adottato proprie "Direttive sulla Procreazione medicalmente assistita eterologa", specificandone la cedevolezza nei confronti di eventuali futuri atti normativi o linee guida nazionali<sup>16</sup> (a poche settimane di distanza la tesi dell'immediata applicabilità delle indicazioni contenute nella sent. n. 162 del 2014 è stata sostenuta anche in sede giurisdizionale, con le ordd. Trib. Bologna, Sez. I, 14 agosto 2014<sup>17</sup>). L'esempio della Toscana (e delle ordinanze bolognesi) è rimasto, però, isolato, in quanto è prevalsa, almeno tra gli organi di governo regionali<sup>18</sup>, l'apprensione per la diffusione di un livello di tutela dei diritti fondamentali fortemente differenziato sul territorio nazionale<sup>19</sup>. La maggioranza delle

---

15 A questo proposito è opportuno ricordare che, fin dalla direttiva 2006/86/CE si è prevista l'istituzione di un codice unico europeo d'identificazione da attribuire a tutti i materiali donati.

16 Il testo della delibera è consultabile sul sito [www.iss.it/binary/rpma/cont/Delibera\\_ETEROLOGA\\_TOSCANA\\_n.650\\_del\\_28\\_07\\_2014\\_1\\_.pdf](http://www.iss.it/binary/rpma/cont/Delibera_ETEROLOGA_TOSCANA_n.650_del_28_07_2014_1_.pdf).

17 Il Tribunale di Bologna, in particolare, ha riconosciuto il diritto di due coppie ad accedere alla PMA di tipo eterologo, autorizzando i centri medici convenuti ad effettuare tali prestazioni, sul presupposto dell'inesistenza di un vuoto normativo in materia. Il testo delle ordinanze è consultabile sul sito [www.biodiritto.org/index.php/item/525-bologna-pma-eterologa](http://www.biodiritto.org/index.php/item/525-bologna-pma-eterologa).

18 A quanto consta, ad esempio, nella Regione Siciliana i maggiori centri di PMA avrebbero iniziato a praticare autonomamente la fecondazione eterologa, indipendentemente dall'adozione di un atto regionale, seguendo i principi enucleati nelle richiamate ordd. Trib. Bologna 14 agosto 2014 (cfr. M.A. BOEMI, *La fecondazione eterologa diventa realtà ma in Sicilia resta il paradosso dei costi*, in *La Sicilia.it*, 24 agosto 2014; A. ROTOLO, *Centri medici su eterologa, diffidati Crocetta e Borsellino*, in *loraquotidiano.it*, 19 novembre 2014).

19 In questo senso, alcuni esecutivi regionali hanno dichiarato di voler attendere l'intervento statale (cfr. le interviste all'Assessore alla Sanità della Valle d'Aosta del 13 agosto 2014, consultabile sul sito <http://www.valledaostaglocal.it/leggi-notizia/argomenti/politica-4/articolo/eterologa-a-fosson-la-valle-non-puo-legiferare.html>; all'Assessore alla Sanità della Provincia autonoma di Bolzano del 13 agosto 2014, consultabile sul sito [www.altoadige.gelocal.it/bolzano/cronaca/2014/08/13/news/eterologa-la-provincia-frena-sui-tempi-1.9758097](http://www.altoadige.gelocal.it/bolzano/cronaca/2014/08/13/news/eterologa-la-provincia-frena-sui-tempi-1.9758097); al Presidente della Provincia autonoma di Trento del 12 agosto 2014, consultabile sul sito [www.trentinocorrierealp.gelocal.it/trento/cronaca/2014/08/12/news/eterologa-rossi-prudenteaspettiamo-roma-1.9753721](http://www.trentinocorrierealp.gelocal.it/trento/cronaca/2014/08/12/news/eterologa-rossi-prudenteaspettiamo-roma-1.9753721)); altri hanno dichiarato di voler procedere autonomamente, ma solo a seguito di un confronto con le altre Regioni (cfr., ad esempio, la

Regioni ha dunque preferito intervenire solo dopo l'approvazione da parte della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del "Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale nr. 162/2014" del 4 settembre 2014<sup>20</sup>, atto con cui le autonomie rivendicano "la responsabilità di fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale". Il Documento contiene "un accordo interregionale che verrà recepito dalle singole Regioni e PP.AA.", con valenza transitoria fino all'adozione di una regolazione statale. La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha dettato dunque una serie di criteri e di principi comuni, sostanzialmente mutuandoli dai risultati del lavoro istruttorio condotto dal Gruppo di esperti convocato dal Ministro della Salute all'indomani del deposito della sent. n. 162 del 2014<sup>21</sup>. E' interessante notare (ma sul punto si tornerà *infra*), come il Documento si mostri per certi versi ambiguo con riferimento al regime di rimborsabilità delle prestazioni sanitarie in esame. Per un verso, infatti, vi si afferma che "omologa ed eterologa, alla luce della sentenza della Corte costituzionale, risultano entrambe modalità di PMA riconosciute LEA", così suggerendo la necessaria rimborsabilità dei trattamenti a carico del SSN; per l'altro, si specifica che "ai fini del riconoscimento economico, le Regioni e le PP.AA. evidenziano la necessità di inserire nel d.P.C.M. di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014-2016, la PMA omologa ed eterologa", in tal modo riconoscendo la competenza esclusiva del Governo a inserire la fecondazione eterologa tra i Livelli essenziali di assistenza.

Nonostante il Documento del 4 settembre 2014 sia stato approvato all'unanimità dai rappresentanti delle Regioni e delle Province autonome, solo quattordici sono le Regioni che, ad oggi, risultano averlo recepito<sup>22</sup>. Fanalino

---

dichiarazione del Presidente della Regione Basilicata del 13 agosto 2014, consultabile sul sito [www.regione.basilicata.it/giunta/site/giunta/detail.jsp?otype=1012&id=2983968](http://www.regione.basilicata.it/giunta/site/giunta/detail.jsp?otype=1012&id=2983968)).

20 Il documento è consultabile sul sito [www.regioni.it/newsletter/n-2557/del-08-09-2014/fecondazione-eterologa-documento-di-indirizzo-12902/](http://www.regioni.it/newsletter/n-2557/del-08-09-2014/fecondazione-eterologa-documento-di-indirizzo-12902/).

21 Sul punto, si rimanda all'audizione parlamentare del Ministro della Salute del 29 luglio 2014, nt. 8.

22 In ordine cronologico: la Regione Liguria con Deliberazione della Giunta regionale 5 settembre 2014, n. 1118 (consultabile sul sito [www.iterg.regione.liguria.it/Documenti.asp?comando=Ricerca&AnnoProc=2014&NumProc=4711&Emanante=](http://www.iterg.regione.liguria.it/Documenti.asp?comando=Ricerca&AnnoProc=2014&NumProc=4711&Emanante=)); la Regione Marche con Delibera della Giunta regionale 8 settembre 2014, n. 1014, pubbl. sul B.U. 19 settembre 2014, n. 89 (consultabile sul sito [www.cecos.it/ima\\_ges/Home%20page/Delibera%20Regione%20Marche%20DGR1014\\_14.pdf](http://www.cecos.it/ima_ges/Home%20page/Delibera%20Regione%20Marche%20DGR1014_14.pdf)); la Regione Veneto con la Deliberazione della Giunta regionale 9 settembre 2014, n. 1654, pubbl. sul B.U. n. 93 del 26 settembre 2014 (consultabile sul sito [www.bur.regione.veneto.it/BurVServices/pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=281661](http://www.bur.regione.veneto.it/BurVServices/pubblica/DettaglioDgr.aspx?id=281661)); la Regione Emilia-Romagna con la Delibera della Giunta regionale 11 settembre 2014, n. 1487, pubbl. sul B.U. 12 settembre 2014 n. 279 (consultabile sul sito [www.saluter.it/documentazione/leggi/regionali/delibere/Dgr\\_1487\\_2014\\_eterologa\\_BUR.pdf](http://www.saluter.it/documentazione/leggi/regionali/delibere/Dgr_1487_2014_eterologa_BUR.pdf)); la Regione Friuli-Venezia Giulia con la Delibera della Giunta regionale 12 settembre 2014, n. 1666 (consultabile sul sito [www.mtom.regione.fvg.it/storage/2014\\_1666/Testo%20integrabile%20della%20Delibera%20n%201666-2014.pdf](http://www.mtom.regione.fvg.it/storage/2014_1666/Testo%20integrabile%20della%20Delibera%20n%201666-2014.pdf)); la Regione Lombardia con la Delibera della Giunta regionale 12 settembre 2014, n. 10/2344, pubbl. sul B.U. 16 settembre 2014, S.O. n. 38 (consultabile sul sito

di coda sono, come purtroppo spesso accade, le Regioni meridionali. Basilicata, Campania e Sardegna, nonostante le rassicurazioni dei rispettivi esecutivi<sup>23</sup>, non risultano aver ancora concretizzato il recepimento del Documento del 4 settembre 2014. Quanto alla Calabria, il dibattito che imperversa da mesi su tutto il territorio nazionale non sembra aver neanche varcato i confini regionali. Una delibera di recepimento manca poi anche in Valle D'Aosta e Trentino-Alto Adige, dove però gli esecutivi regionali e provinciali avevano fin da subito espresso riserve nei confronti di una regolazione della materia sganciata dalla previa iniziativa statale<sup>24</sup>.

Quanto alle Regioni che hanno espressamente riconosciuto il diritto di accesso ai trattamenti di PMA eterologa all'interno dei loro territori, si registrano posizioni estremamente differenziate in merito al regime della rimborsabilità delle prestazioni<sup>25</sup>. Sul punto, le soluzioni adottate dalle delibere regionali sono le più varie. Nega recisamente il rimborso a carico del SSR, in

---

*www.iss.it/rpma/docu/cont.php?id=328&lang=1&tipo=12*); la Regione Piemonte con la Deliberazione della Giunta regionale 15 settembre 2014, n. 12-311, pubbl. sul B.U. 18 settembre 2014, n. 38, S.O. n. 2 (consultabile sul sito *www.iss.it/rpma/docu/cont.php?id=330&lang=1&tipo=12*); la Regione Umbria con la Deliberazione della Giunta regionale 15 settembre 2014, n. 1142, pubbl. sul B.U. 15 ottobre 2014, Serie Gen. n. 48 (consultabile sul sito *www.iss.it/binary/rpma/cont/eterologa\_DGR\_1142\_2014.pdf*); la Regione Lazio con la Deliberazione della Giunta regionale 16 settembre 2014, n. 599, pubbl. sul B.U. 30 settembre 2014 n. 78, suppl. 1 (consultabile sul sito *www.iss.it/rpma/docu/cont.php?id=351&lang=1&tipo=12*); la Regione Abruzzo con la Delibera della Giunta regionale 23 settembre 2014, n. 602 (consultabile sul sito *www.cecos.it/images/Home%20page/AbruzzoeterologaDGR602\_2014.pdf*); la Regione Toscana con la Deliberazione della Giunta regionale 6 ottobre 2014, n. 837, pubbl. sul B.U. 22 ottobre 2014, n. 42 (consultabile sul sito *www.regione.toscana.it/documents/10180/12011501/PARTE+II+n.+42+del+22.10.2014.pdf/3874f8a2-e6aa-43be-8eb8-485d09351af6*); la Regione Puglia con la Delibera della Giunta regionale 9 ottobre 2014, n. 2065, pubbl. sul B.U. 28 ottobre 2014, n. 150 (consultabile sul sito *www.iss.it/binary/rpma/cont/eterologa.pdf*); la Regione Molise con la Delibera regionale 13 ottobre 2014, n. 525, pubbl. sul B.U. 31 ottobre 2014, n. 42 (consultabile sul sito *www3.molisedati.it/bollettino/ricerca6.php?anno=2014*); la Regione Siciliana con il Decreto assessoriale 29 dicembre 2014, n. 2277 (consultabile sul sito *https://pti.regione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR\_PORTALE/PIR\_LaStrutturaRegionale/PIR\_AssessoratoSalute/PIR\_Decreti/PIR\_Decreti2014/PIR\_Provvedimentiorganiindirizzopolitico/D.A.%20n.%202277%20del%2029%20dic.%202014%20PMA%20ETEROLOGA.pdf*).

23 Quanto alla Basilicata, il Presidente ha dichiarato di voler proporre “a breve, al Consiglio regionale della Basilicata uno schema che segua le indicazioni date ieri in Conferenza. Che la fecondazione eterologa sia inserita nei Livelli essenziali di assistenza e che per le donne fino a 43 anni il costo sia sostenuto dal sistema sanitario nazionale” (dichiarazione del 5 settembre 2014, consultabile sul sito *www.regione.basilicata.it/giunta/site/giunta/detail.jsp?otype=1012&id=2984795*); quanto alla Sardegna, un comunicato dell'Assessorato della Sanità ha rassicurato che sarebbe stata portata “in Giunta una delibera con cui recepire le linee guida nazionali approvate in accordo con le altre Regioni, in attesa della legge parlamentare” (comunicato del 25 settembre 2014, pubblicato sul sito *www.regione.sardegna.it/j/v/25?s=263960&v=2&c=285&t=1*). Quanto alla Campania, nel corso del *Question time* del 10 dicembre 2014, il Presidente della Regione ha fatto sapere che “La Regione Campania sta attualmente valutando la possibilità di applicare gli indirizzi operativi forniti dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome le relative tariffe pur essendo ancora in piano di rientro” (risposta dell'Assessore Cosenza all'interrogazione del Cons. Abbate, consultabile sul sito *www.consiglio.regione.campania.it/cms/CM\_PORTALE\_CRC/servlet/Docs?dir=resoconti\_ix&file=ResocontoIX\_7042.pdf*).

24 V. nota 19.

assenza del previo aggiornamento dei LEA da parte del Governo, la Regione Lombardia<sup>26</sup>. Viceversa estendono la rimborsabilità a carico SSR alle stesse condizioni dell'omologa le Regioni Friuli-Venezia Giulia, Toscana, Emilia-Romagna, Umbria e la Regione Siciliana. Altre Regioni, fra cui l'Abruzzo, il Lazio, la Puglia e il Molise si limitano a recepire il Documento del 4 settembre 2014 senza dare alcuna esplicita indicazione sul regime di rimborsabilità. Vi è poi chi, come la Regione Liguria, delibera "di evidenziare la necessità d'inserire nel d.P.C.M. di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014/2016, la Procreazione Medicalmente Assistita omologa ed eterologa anche a seguito di una puntuale analisi dei relativi costi", così implicitamente negando l'immediata rimborsabilità in assenza del previo intervento governativo, e chi, come la Regione Marche, stabilisce che "dall'adozione della presente deliberazione non derivano oneri aggiuntivi per la regione ed i costi che ne derivano sono a totale carico degli Enti del SSR".

#### **4.- Immediata accessibilità alle tecniche di PMA eterologa e rimborsabilità a carico del SSN. Profili problematici.**

Il quadro fin qui descritto mostra che il diritto riconosciuto dalla sent. n. 162 del 2014 è ancora lontano dall'essere effettivo e che le cause di tale ineffettività sono in parte riconducibili ai limiti strutturali della funzione giurisdizionale e della giustizia costituzionale nella tutela dei diritti, in parte all'inerzia o ai ritardi del legislatore (statale) e dell'amministrazione (statale e regionale), in parte alla limitatezza delle disponibilità finanziarie, con cui sempre "si è scontrata" e, a maggior ragione, "si scontra ancora attualmente" "l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese"<sup>27</sup>.

Quanto ai limiti della funzione giurisdizionale e della giustizia costituzionale, si è già visto che la Corte costituzionale, seguita da alcune pronunce del giudice ordinario, ha ritenuto che i profili più pregnanti della

---

25 Il tema della rimborsabilità o meno delle cure è stato affrontato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome non solo nel Documento del 4 settembre 2014, ma anche nel successivo Documento avente ad oggetto "Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa" approvato in data 25 settembre 2014 e consultabile sul sito [www.regioni.it/newsletter/n-2570/del-25-09-2014/fecondazione-eterologa-definizione-tariffa-unicaconvenzionale-12974/](http://www.regioni.it/newsletter/n-2570/del-25-09-2014/fecondazione-eterologa-definizione-tariffa-unicaconvenzionale-12974/). Tale Documento, richiamato il precedente del 4 settembre 2014, ha "ribadito il principio di considerare la PMA (sia l'omologa che l'eterologa) un LEA, in attesa, come richiesto, del loro inserimento nel DPCM sui livelli essenziali di assistenza".

26 In questo senso, la Delibera della Regione Lombardia 12 settembre 2014, n. 10/2344, ove si stabilisce che "nelle more delle determinazioni di competenza del Governo in merito alla remunerazione a carico del SSN di queste attività [...] le prestazioni di PMA di tipo eterologo sono a carico dell'assistito" (confermata, sul punto, dalla successiva Delibera 7 novembre 2014, n. 10/2611, pubbl. sul B.U. 11 novembre 2014, n. 46).

27 Sent. Corte cost. n. 248 del 2011, *Considerato in diritto*, par. 6.1.

materia siano compiutamente disciplinati dalla normativa esistente, sicché l'accesso alle cure deve essere immediatamente garantito. Questa tesi è condivisibile in quanto subordinare l'accesso alle cure alla futura (e incerta) adozione di una normativa statale *ad hoc* significherebbe di fatto privare *sine die* un diritto fondamentale della sua effettività. Del resto, lo stesso legislatore statale pare aver rinunciato ad accogliere una siffatta prospettiva, laddove ha istituito con il già richiamato art. 1, comma 298, della l. n. 190 del 2014 il “Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”, senza subordinarne l'operatività all'adozione di una compiuta regolazione della materia, ma, al contrario, prevedendo un regime transitorio che consenta, “fino alla completa operatività del Registro” la raccolta dei dati anagrafici dei donatori. Nondimeno, proprio l'inserimento nella legge di stabilità per il 2015 di una norma apparentemente intrusa quale quella istitutiva del Registro dei donatori, così come la previsione di un meccanismo suscettibile di garantire le finalità perseguite tramite la sua istituzione nelle more della sua attivazione, dimostrano che anche il diritto alla PMA di tipo eterologo, per essere pienamente effettivo (ma anche per non risolversi nel totale sacrificio di preminenti interessi pubblici e dei diritti fondamentali di altri individui), necessita delle attività di bilanciamento, decisione e messa a disposizione delle risorse (anzitutto economiche) che solo la politica può fornire<sup>28</sup>. Lasciando per il momento da parte la questione della rimborsabilità delle prestazioni a carico del SSN e limitando l'analisi al profilo dell'accesso alle cure, deve infatti osservarsi che l'istituzione del Registro dei donatori garantisce alle coppie che si rivolgono ai centri medici la sicurezza che i gameti che verranno utilizzati per la fecondazione appartengono a donatori “schedati”, che sono addivenuti o potranno addivenire ad un numero limitato di donazioni. Ancora, tale istituzione tutela il diritto alla salute del nato e del donatore, i quali potrebbero aver interesse ad essere informati dell'insorgenza nell'altro di una patologia trasmissibile geneticamente ovvero a ottenere, se necessario, un trapianto di tessuti da donatore compatibile; inoltre, la tracciabilità donatore-nato è l'unico strumento in grado di garantire il diritto del secondo a conoscere le proprie origini genetiche, nei limiti in cui si voglia riconoscere un siffatto diritto<sup>29</sup>. Non da ultimo, il Registro dei donatori tutela l'interesse pubblico a impedire la nascita di un numero eccessivamente elevato di individui da un medesimo donatore, limitando, fra l'altro, il rischio di successive unioni fra consanguinei. E' del tutto evidente che siffatti diritti e interessi non avrebbero potuto trovare

---

28 Sostiene la necessità di una regolamentazione di alcune attività fondamentali per la realizzazione della fecondazione eterologa anche M. ABAGNALE, *La procreazione medicalmente assistita nella metamorfosi della legge 40/2004*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 gennaio 2015, 22 sg., ove, però, si ipotizza un intervento nelle forme del regolamento governativo e non della legge.

29 Sul punto, si rimanda alla nt. 14.

spazio alcuno nelle aule di un tribunale<sup>30</sup>. E neanche la Corte costituzionale avrebbe potuto farsene carico, pur essendo dotata di spazi di manovra ben più ampi di quelli del giudice ordinario. La stessa Corte lo ammette laddove *i)* riconosce l'esigenza di consentire le donazioni “entro un limite ragionevolmente ridotto”, ma ne rimette la disciplina al decreto di aggiornamento delle linee guida; *ii)* richiama, quanto al diritto all'identità genetica, la propria giurisprudenza sull'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata<sup>31</sup>, giurisprudenza con cui la Corte aveva sì rimosso tale divieto, ma “invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato”<sup>32</sup>. Deve sottolinearsi che, anche ove la Corte avesse deciso di spingersi oltre, individuando in via interpretativa un numero massimo di donazioni costituzionalmente tollerabile ovvero tracciando le linee fondamentali del procedimento volto a ottenere una nuova dichiarazione di volontà del genitore genetico<sup>33</sup>, tali affermazioni sarebbero rimaste lettera morta senza l'istituzione, per mano del legislatore, di un Registro unico nazionale dei donatori e senza l'individuazione e la messa a disposizione di risorse tali da garantirne l'istituzione e l'operatività.

L'ineffettività del diritto alla fecondazione eterologa deve poi essere ascritta anche all'inerzia e ai ritardi dell'amministrazione statale e regionale. Sul punto, deve anzitutto ritenersi fortemente opportuna l'approvazione da parte delle Regioni di direttive tecniche comuni, con cui si è cercato di porre rimedio all'inerzia del Ministro della Salute nell'emanazione delle nuove linee guida<sup>34</sup>. Al di là delle questioni di merito<sup>35</sup>, che potrebbero essere superate –

30 Ed infatti, anche le citate ordinanze del Tribunale di Bologna riconoscono che i profili riguardanti il numero massimo delle donazioni e l'accesso ai dati del donatore “sono aspetti sui quali [...] dovrà intervenire un decreto ministeriale [...] oppure il legislatore”.

31 Sent. n. 278 del 2013.

32 Sent. n. 162 del 2014, *Considerato in diritto*, par. 12.

33 Ipotesi che è da scartare, stante l'assenza delle famose “rime obbligate”.

34 Ai sensi dell'art. 7 della l. n. 40 del 2004, le linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita sono approvate con decreto del Ministro della Salute e “aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni”. In realtà, le ultime linee guida sono state approvate con d.m. 11 aprile 2008, pubblicato sulla G.U., Serie gen., 30 aprile 2008, n. 101, sicché, sul punto, si registra un ritardo di quasi quattro anni rispetto alla previsione legislativa.

35 Le direttive approvate nel Documento del 4 settembre 2014 sono state duramente criticate da una parte della comunità scientifica, che le ha ritenute eccessivamente severe e, dunque, ingiustificatamente restrittive; cfr., sul punto, l'intervista al Prof. Flamigni pubblicata in data 23 dicembre 2014 sul sito [www.repubblica.it/cronaca/2014/12/23/news/carlo\\_flamigni\\_eterologa\\_la\\_soluzione\\_donare\\_ovociti\\_ma\\_la\\_politica\\_si\\_mette\\_di\\_traverso-103626150/](http://www.repubblica.it/cronaca/2014/12/23/news/carlo_flamigni_eterologa_la_soluzione_donare_ovociti_ma_la_politica_si_mette_di_traverso-103626150/) e l'articolo *Eterologa: un anno di promesse disattese*, pubblicato sul sito [www.voxdiritti.it/?p=3582](http://www.voxdiritti.it/?p=3582).

appunto – in sede di approvazione del decreto di aggiornamento delle linee guida, deve riconoscersi che l'accordo raggiunto in sede di Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha consentito di garantire una certa uniformità nell'applicazione delle tecniche di PMA di tipo eterologo, impedendo il diffondersi di una protezione dei diritti fondamentali a macchia di leopardo (come sarebbe avvenuto se le Regioni avessero seguito l'esempio della prima delibera della Regione Toscana) o ancora peggior puntiforme (se l'attuazione della sent. n. 162 del 2014 fosse stata interamente rimessa alle determinazioni caso per caso del giudice ordinario). Con specifico riferimento alla competenza delle Regioni ad intervenire in materia con lo strumento della delibera di Giunta, si osserva che, una volta che si sia ammesso che dalla declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa discende, da una parte, il diritto delle coppie ad accedere a tali tecniche e, dall'altra, l'obbligo dei centri medici autorizzati di garantirne la prestazione, deve anche ammettersi la competenza delle Regioni a disciplinare “*con proprio atto*” i requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture pubbliche e private autorizzate a svolgere tali attività<sup>36</sup>. In questo senso, le delibere di recepimento del Documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome altro non fanno se non disciplinare, in via transitoria, alcuni profili applicativi relativi allo svolgimento di funzioni amministrative demandate alle Regioni dalla l. n. 40 del 2004.

Si è poi rilevato come alcune Regioni non abbiano provveduto a recepire il Documento del 4 settembre 2014, nonostante quest'ultimo sia stato approvato all'unanimità da parte dei rappresentanti di tutte le Regioni e PPAA. Questo ritardo va guardato con grande sfavore, in quanto costituisce fonte di incertezza per gli operatori del settore e per le coppie bisognose dei trattamenti. Se, infatti, è da escludere che il mancato recepimento delle direttive comuni valga di per sé a impedire l'accesso ai trattamenti di PMA eterologa all'interno del territorio della Regione “inadempiente”<sup>37</sup>, la mancata adozione di direttive tecniche regionali mette i centri medici nella difficile posizione di scegliere tra offrire spontaneamente anche tali prestazioni (pur non avendo ricevuto un'autorizzazione specifica a eseguire tecniche di PMA di tipo eterologo, con il rischio di esporsi anche a responsabilità contabile per le spese di gestione del servizio) e rifiutarsi di offrirle, esponendosi, però, in quest'ultimo caso, alle azioni giudiziarie promosse dai pazienti innanzi al giudice ordinario.

Centrale per garantire l'effettività del diritto alla fecondazione eterologa è poi il riconoscimento della rimborsabilità dei trattamenti a carico del SSN. Tema, questo, che drammaticamente si scontra con il problema della

---

<sup>36</sup> Art. 10 della l. n. 40 del 2004.

<sup>37</sup> Atteso che, come chiarito dalla Corte costituzionale e dalle richiamate ordd. Trib. Bologna, la fecondazione eterologa può essere praticata indipendentemente dall'adozione di una normativa (statale o regionale) *ad hoc*.

limitatezza delle risorse finanziarie che negli ultimi anni ha colpito, con particolare severità, il settore sanitario. A questo proposito, deve anzitutto rilevarsi che, secondo quanto recentemente dichiarato dal Ministro della Salute, l'inserimento della fecondazione eterologa nei LEA dovrebbe essere imminente<sup>38</sup>, così come imminente dovrebbe essere lo stanziamento di nuove risorse per far fronte a tali prestazioni<sup>39</sup>. Il d.P.C.M. di aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, adottato ai sensi dell'art. 54, comma 3, della l. n. 289 del 2002, porrebbe evidentemente fine alla questione della rimborsabilità o meno delle prestazioni da parte delle Regioni, in quanto, ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 502 del 1992, tali trattamenti verrebbero ad essere assicurati dal SSN. Poiché, però, allo stato, il richiamato d.P.C.M. non risulta ancora pubblicato (né emanato), è utile ricordare che la rimborsabilità a carico del SSR è ammessa anche per prestazioni non incluse nei LEA, solo ove la Regione non sia sottoposta a piani di rientro dal *deficit* sanitario. In caso contrario, infatti, la spesa per prestazioni sanitarie non inserite nei LEA rientra a tutti gli effetti tra le “*spese non obbligatorie*” vietate dall'art. 1, comma 174, della l. n. 311 del 2004<sup>40</sup>. Orbene: alcune delle Regioni che hanno recepito il Documento del 4 settembre 2014<sup>41</sup> risultano soggette a piano di rientro del deficit sanitario<sup>42</sup>. Deve ritenersi, pertanto, che sia precluso a tali Regioni farsi

---

38 Similmente a quanto rilevato in merito alle linee guida della PMA, anche sull'aggiornamento dei LEA si registra un fortissimo ritardo. Questi, infatti, sono stati definiti con il d.P.C.M. 29 novembre 2001, pubblicato sulla G.U. 8 febbraio 2002, n. 33, e non più aggiornati, subendo soltanto alcuni minimi emendamenti da parte dei dd.PP.CC.MM. 16 aprile 2002, 28 novembre 2003 e 7 marzo 2007. Per completezza, deve ricordarsi che un vero e proprio aggiornamento era stato predisposto dal Governo Prodi con il d.P.C.M. 23 aprile 2008, il quale, però, non è mai stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, venendo revocato dal Governo Berlusconi nel luglio del medesimo anno.

39 Il Ministro della Salute ha annunciato la prossima emanazione del decreto di aggiornamento dei LEA, anticipando che, tra le nuove prestazioni a carico del SSN, vi saranno anche le tecniche di PMA di tipo eterologo. Cfr. comunicato ANSA del 23 dicembre 2014, consultabile sul sito [www.regioni.it/sanita/2014/12/23/ansa-lorenzineteterologa-e-celiachia-nellassistenza-garantita-pronto-decreto-revisione-lea-critica-la-cgil-con-quali-risorse-381920/](http://www.regioni.it/sanita/2014/12/23/ansa-lorenzineteterologa-e-celiachia-nellassistenza-garantita-pronto-decreto-revisione-lea-critica-la-cgil-con-quali-risorse-381920/). La proposta di decreto dovrebbe essere presentata alle Regioni nei primi giorni di febbraio (cfr. [www.repubblica.it/salute/2015/01/27/news/sanit\\_pronti\\_i\\_lea\\_470mln\\_in\\_pi\\_per\\_nuove\\_cure-105914228/](http://www.repubblica.it/salute/2015/01/27/news/sanit_pronti_i_lea_470mln_in_pi_per_nuove_cure-105914228/); [www.corriere.it/salute/15\\_gennaio\\_27/decreto-lea-varo-spazio-epidurale-fecondazione-protesi-2ceb4c26-a657-11e4-96ea-4beaa-b57491a.shtml](http://www.corriere.it/salute/15_gennaio_27/decreto-lea-varo-spazio-epidurale-fecondazione-protesi-2ceb4c26-a657-11e4-96ea-4beaa-b57491a.shtml)).

40 V., sul punto, L. MOLLIKA POETA, *L'autonomia degli enti territoriali alla prova della crisi economica: nuovi vincoli ed equilibrio di bilancio*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa del 18 settembre 2014, consultabile sul sito [www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2014/09/Mollica.pdf](http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2014/09/Mollica.pdf), 22 sg. e la giurisprudenza costituzionale ivi citata.

41 Il quale, lo si ricorda, da una parte afferma che “omologa ed eterologa, alla luce della sentenza della Corte costituzionale, risultano entrambe modalità di PMA riconosciute LEA”; dall'altra riconosce che “ai fini del riconoscimento economico, le Regioni e le PP.AA. evidenziano la necessità di inserire nel DPCM di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014-2016, la PMA omologa ed eterologa”.

42 In particolare, si tratta delle Regioni Abruzzo, Lazio, Puglia e Molise. A queste si aggiunge la Regione Siciliana, la quale, diversamente dalle altre, non si è limitata a recepire il Documento del 4 settembre 2014, ma ha espressamente riconosciuto la rimborsabilità delle prestazioni di PMA eterologa

carico delle prestazioni di PMA di tipo eterologo e che, in particolare, operi rispetto ad eventuali atti di spesa disposti in violazione del divieto la sanzione della nullità prevista dal citato art. 1, comma 174, della l. n. 311 del 2004. Specularmente, sembra doversi ritenere che, fino all'entrata in vigore dell'aggiornamento dei LEA, la decisione di assicurare la rimborsabilità delle tecniche di fecondazione eterologa permane in capo alle singole Regioni, dovendosi escludere che queste siano obbligate a garantire livelli di tutela più elevati rispetto a quelli imposti dalla normativa statale di riferimento<sup>43</sup>. Peraltro, anche laddove volesse riconoscersi in capo alle Regioni la facoltà di interpretare estensivamente i LEA, fino a ricomprendervi prestazioni prima certamente non inseritevi (perché vietate), una siffatta estensione, proprio perché operata autonomamente, in assenza della contestuale concessione da parte dello Stato di maggiori risorse finanziarie per farvi fronte, condurrebbe o a gravi squilibri finanziari all'interno del SSR o, più semplicemente, risulterebbe priva di una qualsiasi effettività. A tal proposito, appare utile ricordare che nella Relazione sulla gestione finanziaria degli enti locali per l'esercizio 2013 la Corte dei conti ha sottolineato che "le manovre correttive dei conti pubblici attuate del triennio 2011/2013 sono state poste, per una parte significativa, a carico del settore sanitario" e che ulteriori risparmi, ove non reinvestiti "nei settori dove più carente è l'offerta di servizi sanitari [...] potrebbero rendere problematico il mantenimento dell'attuale assetto dei LEA, facendo emergere, nel medio periodo, *deficit* assistenziali, più marcati nelle Regioni meridionali, dove sono relativamente più frequenti tali carenze"<sup>44</sup>. Le medesime conseguenze, deve ritenersi, deriverebbero dall'aumento della spesa sanitaria connesso all'estensione in via interpretativa delle prestazioni rientranti nei LEA. Anche tali spese, infatti (come gli eventuali ulteriori risparmi imposti alle Regioni), andrebbero a gravare sulle - limitate - risorse destinate al funzionamento del SSR. L'estensione del novero delle prestazioni rimborsabili, pertanto, ove non accompagnata allo stanziamento di nuove risorse in grado di assicurarne la sostenibilità, difficilmente potrebbe garantire maggiori *standard* di tutela, provocando piuttosto all'effetto contrario, specie nelle Regioni commissariate<sup>45</sup>. A ciò deve aggiungersi che anche la giurisprudenza costituzionale si è mostrata restia a offrire interpretazioni

---

a carico del SSR.

43 A questo proposito, si segnala che pendono attualmente innanzi il TAR Milano due giudizi, rubricati ai R.G.nn. 3246 e 3340/2014, aventi ad oggetto le Delibere con cui la Giunta lombarda ha escluso la rimborsabilità delle tecniche di fecondazione eterologa a carico del SSR. Con ordd. 18 dicembre 2014, n. 1718, e 17 dicembre 2014, n. 1715, il Tribunale Amministrativo Regionale ha rigettato le domande di sospensione cautelare degli atti impugnati, con motivazione incentrata esclusivamente sulla carenza del *periculum*. Occorrerà pertanto attendere la decisione del merito per avere indicazioni più puntuali sulla posizione che il TAR vorrà assumere sul merito della questione.

44 Relazione sulla gestione finanziaria per l'esercizio 2013 degli enti territoriali - Parte I, p. XXI, approvata con Deliberazione n. 29/SEZAUT/2014/FRG, consultabile sul sito [www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/documenti/controllo/sez\\_autonomie/2014/delibera\\_29\\_2014\\_sezaut\\_PARTE\\_I.pdf](http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/documenti/controllo/sez_autonomie/2014/delibera_29_2014_sezaut_PARTE_I.pdf).

estensive delle garanzie connesse ai livelli essenziali di assistenza, prediligendo soluzioni ermeneutiche maggiormente sensibili alle esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica<sup>46</sup>.

Tale tesi non impedisce di intendere l'inserimento della fecondazione eterologa nei LEA quale atto costituzionalmente dovuto, con la conseguenza che, una volta entrato in vigore il d.P.C.M. di aggiornamento dei LEA, ben potrebbero le coppie che nelle more dell'approvazione del decreto avessero usufruito – a proprio carico – delle prestazioni in esame richiedere, tanto in via amministrativa quanto in via giudiziaria, il rimborso delle spese all'uopo sostenute, nei limiti previsti dalla normativa regionale in materia di compartecipazione alla spesa. A questo proposito, può essere utile osservare che il TAR Milano, nella richiamata ord. n. 1718 del 2014, ha ritenuto che dalla mancata rimborsabilità immediata della prestazione a carico del SSR non deriva *“un danno grave e irreparabile [...] in capo alle coppie interessate alla pratica sanitaria, atteso che la possibilità di sottoporsi al trattamento è comunque consentita, seppure previa corresponsione di una somma a copertura delle spese delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)”*. L'importante, dunque, è garantire subito l'accesso alle prestazioni.

---

45 Le quali sono, poi, le uniche ad aver bisogno di far rientrare le nuove prestazioni nei LEA al fine di garantirne la rimborsabilità, in quanto, come si è visto, le altre possono liberamente decidere di garantire maggiori livelli di tutela. Del resto, non deve dimenticarsi che l'intervento statale in materia di piani di rientro dai disavanzi sanitari e “l'indirizzo «unitario»” che esso esprime sono legittimati proprio “dall'esigenza di preservazione del diritto alla salute a fronte di deficit finanziari suscettibili di metterlo gravemente a rischio”; cfr. R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. Sesta (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, 36 sg.

46 Ad esempio, con la sent. n. 296 del 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, lett. c), della l. reg. Toscana n. 66 del 2008, in relazione all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. La norma indubbiata disponeva che, nel caso di prestazioni di tipo residenziale a favore di persone disabili, *“la quota di compartecipazione dovuta dalla persona assistita ultrasessantacinquenne è calcolata tenendo conto altresì della situazione reddituale e patrimoniale del coniuge e dei parenti in linea retta entro il primo grado”*, in contrasto, ad avviso del Giudice remittente, con quanto previsto dall'art. 3, comma 2-ter, del d. lgs. n. 109 del 1998, ai sensi del quale, in relazione alle modalità di compartecipazione al costo della prestazione, si sarebbe dovuto evidenziare la situazione economica del solo assistito. Ebbene: in tale pronuncia la Corte nega che, anche in assenza del d.P.C.M. previsto dalla richiamata disposizione statale, la norma ivi contenuta possa essere direttamente applicabile in quanto recante un livello essenziale delle prestazioni relative ai servizi sociali. Al contrario, spetta al d.P.C.M. *“specificare le modalità di attuazione dei principi e dei criteri indicati dall'art. 3, comma 2 ter, operando le scelte coerenti con le indicate finalità, idonee ad individuare «i limiti» entro i quali le norme del decreto legislativo n. 109 del 2009 avrebbero dovuto applicarsi. In particolare, oltre a fissare le norme sul metodo di calcolo della situazione economica equivalente, il decreto avrebbe dovuto procedere all'individuazione delle prestazioni sociali comprese «nell'ambito di percorsi assistenziali integrati di natura sociosanitaria, erogate a domicilio o in ambiente residenziale, a ciclo diurno o continuativo», nonché a meglio definire, sotto un profilo soggettivo, le molteplici categorie dei destinatari delle prestazioni”* (Considerato in diritto, par. 2). Sul punto, v. M. BELLETTI, *I “livelli essenziali delle prestazioni” alla prova del “coordinamento della finanza pubblica”. Alla ricerca della “perequazione” perduta*, in in M. Sesta (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, cit., 120 sgg.

Quanto alla loro rimborsabilità, ferma restando la facoltà per le Regioni non sottoposte a piano di rientro di garantirla, per le altre appare necessario restare in attesa del d.P.C.M. di aggiornamento dei LEA, con la precisazione che, una volta intervenuto tale aggiornamento, le coppie che nel frattempo avessero beneficiato dei trattamenti potrebbero intraprendere la strada del rimborso.

## 5.- Note conclusive.

Quale insegnamento è possibile ricavare dalle vicende di cui si è dato fin qui conto? Anzitutto, esse dimostrano che la proclamazione di un diritto in sede giurisdizionale<sup>47</sup> non vale da solo a garantirne l'effettività<sup>48</sup>. In particolare, se l'attività dei giudici comuni e delle Corti costituzionali è fondamentale per dare immediata risposta alle esigenze di tutela che incessantemente emergono in seno alla società e che restano neglette dal legislatore, questa attività incontra dei limiti strutturali, individuabili dell'impossibilità di operare un compiuto bilanciamento che tenga conto di tutti gli interessi in gioco, ivi compresi i diritti di altri individui; di apprestare una disciplina applicativa dettagliata e uniforme, che garantisca l'omogeneità della tutela dei diritti sul territorio nazionale; di individuare e apprestare le risorse economiche necessarie a far sì che la proclamazione del diritto alle cure si traduca nella concreta prestazione dei trattamenti a carico del SSN o, comunque, nella possibilità che la concreta prestazione dei trattamenti avvenga in condizioni tali da garantire la tutela degli interessi pubblici in gioco e di tutti i soggetti coinvolti<sup>49</sup>.

A ciò consegue specularmente che l'ineffettività che ancora caratterizza il diritto ad accedere alla fecondazione eterologa, a otto mesi dal deposito della sentenza della Corte costituzionale, è per altra parte da ascrivere al

---

47 Da parte di un giudice comune o di un giudice costituzionale, ma l'affermazione potrebbe essere estesa anche alle pronunce di una Corte sovranazionale o internazionale.

48 E' evidente che le stesse conclusioni varrebbero anche per la mera proclamazione di un diritto contenuta in una legge. Ciò che preme qui sottolineare, però, sono i limiti *strutturali* della *funzione* giurisdizionale e della giustizia costituzionale nella tutela dei diritti. In questo senso, esula dal presente scritto l'analisi dei diversi problemi che sorgono per effetto della proclamazione di un diritto contenuta, per ipotesi, in una legge o in una Carta dei diritti.

49 Com'è avvenuto, nella specie, con l'istituzione ed il funzionamento del Registro dei donatori.

legislatore statale<sup>50</sup> e all'amministrazione statale<sup>51</sup> e regionale<sup>52</sup>. A questo proposito, se, come si ritiene, l'attività del legislatore e dell'amministrazione è indispensabile per dare compiuta effettività ai diritti riconosciuti dalla Costituzione, non è pensabile immaginare di risolvere i problemi derivanti dall'inerzia e dai ritardi della politica, *sic et simpliciter*, con un appello ad una più incisiva supplenza del giudiziario (o della Corte costituzionale). Occorre, invece, mettere di fronte la politica alle sue responsabilità e pretendere che essa si attivi per svolgere il mandato che la Costituzione le assegna. In quest'ottica, le vicende che si sono succedute all'indomani della sent. n. 162 del 2014 e, in particolare, l'approvazione di direttive comuni da parte delle Regioni e l'immediata attivazione da parte di queste delle prestazioni in esame<sup>53</sup> dimostrano come, accanto alla critica politica per mano delle opposizioni parlamentari e consiliari e alle forme di responsabilità diffusa nei confronti dell'opinione pubblica, anche la dialettica Stato – Regioni possa costituire un utile strumento di responsabilizzazione reciproca.

\*\* Dottoranda di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi di Pisa

---

50 Che solo con una norma entrata in vigore il 1° gennaio 2015 ha istituito il Registro dei donatori; cfr. art. 1, comma 735, l. n. 190 del 2014.

51 Che ancora non ha disposto l'aggiornamento delle linee guida di cui all'art. 7 della l. n. 40 del 2004, né, al momento in cui si scrive, l'aggiornamento dei LEA e il connesso stanziamento di fondi per far pronte alla spesa per le nuove prestazioni.

52 Si fa riferimento, in particolare, a quelle Regioni che ancora non hanno recepito le direttive tecniche comuni fissate in sede di Conferenza delle Regioni e delle PP.AA. del 4 settembre 2014.

53 Cui è seguito, come si è visto, l'inserimento di una norma *ad hoc* nella legge di stabilità per il 2015 istitutiva del Registro dei donatori.