

Rivista N°: 1/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 12/03/2018

AUTORE: Maria Pia Iadicicco *

LA LUNGA MARCIA VERSO L'EFFETTIVITÀ E L'EQUITÀ NELL'ACCESSO ALLA FECONDAZIONE ETEROLOGA E ALL'INTERRUZIONE VOLONTARIA DI GRAVIDANZA

Sommario: 1. Premessa. La PMA e l'IVG quali temi eticamente e giuridicamente controversi. – 2. Dubbi sull'immediata praticabilità della fecondazione con donazione di gameti dopo la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale. – 3. La tutela del diritto alla salute dei membri della coppia quale condizione di accesso alla PMA di tipo eterologo. – 4. Le ricadute della sentenza n. 162 del 2014 sulla discrezionalità del legislatore. Precisazioni sul diritto alla tutela della salute come diritto condizionato. – 5. Alle origini del "federalismo procreativo" e sue ricadute giurisprudenziali. – 6. Problemi nuovi, vecchie questioni: crescente domanda di salute, reperimento ed allocazione delle risorse economiche, determinazione delle priorità costituzionali. – 7. Interruzione volontaria della gravidanza e tutela della salute materna. – 8. Inattuazione e ineffettività della legge n. 194 del 1978. Le criticità derivanti dall'espansione dell'obiezione di coscienza. – 9. Le iniziative regionali volte a rilanciare il ruolo dei Consultori pubblici nelle pratiche abortive. – 10. Quali garanzie di effettivo espletamento degli interventi abortivi? Dai bandi "riservati" ai non obiettori ad un rinnovato impegno della Repubblica nella tutela della salute riproduttiva.

1. Premessa. La PMA e l'IVG quali temi eticamente e giuridicamente controversi

Alcune recenti vicende normative e giurisprudenziali concernenti la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza (IVG) e della procreazione medicalmente assistita (PMA) possono ritenersi sintomatiche della persistente conflittualità, non solo etica, ma propriamente giuridica, che attraversa questi temi. Tale conflittualità è tutt'altro che sorprendente e in larga parte riconducibile alla straordinaria complessità di tali tematiche, poste al crocevia di vari saperi, ognuno "a suo modo" impegnato a fornire risposte ai tanti problemi, se non a veri propri dilemmi, posti dall'avanzamento delle conoscenze scientifiche e dal perfezionamento delle tecniche, nonostante gli enormi benefici da ciò derivanti. Tralasciando altri

* Associato di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università degli Studi della Campania "L. Vanvitelli".

profili di complessità, prima di tutto scientifica¹ – connessi anche all’indeterminatezza che investe alcuni concetti o snodi cruciali delle vicende *de quibus* – e rimanendo nel solo campo di tensione tra diritto ed etica, attorno alle questioni relative l’inizio della vita umana e, segnatamente, al ricorso alla tecnica biomedica per fini procreativi (per l’avvio, la prevenzione o la cessazione di un processo procreativo) si agitano plurime e, non di rado, contrapposte considerazioni, che rimandano la sensazione dell’impossibilità di individuare un preciso “centro di gravità” delle stesse. Com’è stato anche di recente rimarcato², dietro la qualificazione di alcuni temi come “eticamente sensibili o controversi” si cela più di un’insidia e, in particolare, il rischio di un arretramento del diritto, di una abdicazione alla sua primigenia funzione di regolazione della vita associata e di risoluzione di conflitti tra i consociati, così rimessi a diverse valutazioni di natura etico-morale. A ben vedere, questa tendenza e, più in generale, la difficile elaborazione di norme giuridiche sulla procreazione³ sono da ricondursi non solo alla intrinseca complessità dei temi in discussione, ma anche e non di meno alla difficoltà, tutta interna al dibattito propriamente giuridico-costituzionale, di individuare univocamente valori, principi, interessi e beni meritevoli di tutela giuridica. Prim’ancora della ricerca di percorsi ed approdi che assicurino la coesistenza e, ove possibile, la conciliazione dei plurimi e talvolta confliggenti interessi e beni costituzionali coinvolti, il dibattito giuridico sulla procreazione appare paralizzato dalla difficile qualificazione dei diritti, delle libertà, dei doveri, delle responsabilità, individuali e pubbliche, che affollano questo ambito materiale.

In questa sede ci si propone, prendendo le mosse da alcuni recenti casi posti all’attenzione dell’opinione pubblica, anche all’esito di pronunciamenti giurisprudenziali, di offrire una chiave di lettura degli stessi: in sostanza si intende dimostrare la riconducibilità del diritto di accesso alla PMA, anche eterologa, e dell’IVG all’ambito materiale dell’art. 32 della Costituzione, che impegna la Repubblica a garantire il fondamentale diritto alla salute, e di qui si vuole rimarcare la doverosità dell’erogazione di tali prestazioni, anche a fronte di difficoltà organizzative e di condizionamenti di varia natura che investono il comparto sanitario.

Siffatta tematizzazione è stata evidentemente suggerita dalla considerazione dei problemi pratici, prima che teorici, nascenti dall’inquadramento di tale vicende nell’ambito di una realtà giuridicamente organizzata quale quella della sanità e, in special modo, di un sistema

¹ Si pensi solo alle difficoltà, se non all’impossibilità, anche per la scienza biomedica di fornire risposte incontrovertibili a domande cruciali, come quella relativa all’individuazione del momento di inizio (o fine) della vita umana. Cfr. S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in *Rivista AIC*, 1/2014, 1.

² C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2/2016, 127, ma anche ID., *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012, 3; G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scienza*, in S. Agosta, G. D’Amico, L. D’Andrea (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, 370 ss.

³ Sul tema si veda almeno C.M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, il Mulino, Bologna, 1998. Con specifico riguardo alle vicende che hanno interessato la legge n. 40 del 2004, il cui tormentato iter di approvazione e la cui successiva e reiterata contestazione dinanzi a diverse autorità giudiziarie, sono stati assimilati alla lunga marcia dell’esercito popolare cinese di Mao Tse-Tung, E. DOLCINI, *La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 428 ss., a cui ci si è ispirati nell’elaborazione del titolo di questo scritto.

sanitario pubblico, con il quale l'individuo-paziente entra in relazione per vedere assicurato il proprio diritto costituzionale alla salute. Al riguardo pare anzitutto necessario rimarcare lo stretto legame, di condizionamento reciproco, tra organizzazione sanitaria e diritto alla salute, declinato come diritto all'assistenza sanitaria, in più occasioni rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale⁴. Tenuto conto delle molteplici ricadute, in senso soprattutto limitativo, che l'effettiva garanzia del diritto alla salute è destinata a subire nel momento in cui tale situazione soggettiva è calata nel contesto organizzativo della sanità, si potrebbe essere indotti a preferire la riconduzione del tema della procreazione alla sfera di autonomia di ciascun individuo, e cioè al suo diritto di autodeterminazione. A ben vedere, la correlazione tra diritto alla salute e accesso alla PMA o alla IVG è oggetto di molteplici rilievi critici: semplificando l'ampio e variegato dibattito sul punto, ci si può, per il momento, limitare ad osservare che tale inquadramento è criticato tanto da chi intravede in ciò un tentativo di limitare il diritto all'autodeterminazione riproduttiva, soprattutto delle donne, e un'inopportuna ingerenza dell'autorità pubblica in vicende estremamente private⁵, tanto da quanti mettono in dubbio che siffatte pratiche possano qualificarsi come trattamenti sanitari, funzionali alla salvaguardia del bene costituzionale salute, se non in casi estremamente limitati⁶.

In questo scritto, come anticipato, si vuole confermare la correttezza della riconduzione di queste pratiche nell'ambito delle prestazioni sanitarie che il servizio sanitario pubblico è tenuto ad erogare sull'intero territorio nazionale, ma si intende anche dimostrare la necessità di una ragionevole regolamentazione delle stesse, volta principalmente a definire condizioni di accesso ai trattamenti e a garantirne l'effettività. Il nostro obiettivo non è quello di contestare l'inquadramento di tali temi anche nell'ambito della libertà di autodeterminazione riproduttiva – di libertà di scelta su aspetti essenziali della propria esistenza⁷ –, quanto di mettere in luce come questa declinazione, se sganciata dalla dimensione sociale del diritto costituzionale alla salute, potrebbe rilevarsi tutt'altro che favorevole per quanti rivendicano spazi di autonomia rispetto all'intervento pubblico nella sfera della procreazione, ma fonte di intollerabili discriminazioni.

È bene anticipare sin d'ora il senso, o meglio, il risvolto pratico di questa impostazione: in un'epoca, come quella attuale, in cui nessuno potrebbe revocare in dubbio il dovere di un ordinamento giuridico democratico pluralista, ispirato al principio personalista, di tutelare la salute, come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, le perplessità maggiori che sorgono al riguardo investono l'ampiezza della nozione di salute e la capacità

⁴ Vedi, per tutti, A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, anche per i puntuali richiami alla giurisprudenza.

⁵ Cfr. C. LALLI, *La libertà procreativa*, Liguori, Napoli, 2004; S. NICCOLAI, *La legge sulla fecondazione assistita e l'eredità dell'aborto*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2005; L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2006.

⁶ V. almeno G. GALLI, V. ITALIA, F. REALMONTE, M. SPINA, C.E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza (commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza)*, Giuffrè, Milano, 1978, 128 ss.

⁷ Quelle determinazioni che S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. I. Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*, definisce "scelte esistenziali di inizio-vita".

dell'apparato pubblico di soddisfare una crescente domanda di salute⁸. Si tratta di problemi enormi, di straordinaria complessità, che sarebbe fin troppo sbrigativo liquidare e pretendere di risolvere sostenendo l'esistenza di un incondizionato diritto a ottenere tutti, indistintamente e alle medesime condizioni, qualsiasi prestazione medico-specialistica (anche solo di natura farmacologica) capace di assicurare uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e precisamente, nel caso di specie, funzionale ad avviare o interrompere il processo procreativo. In un quadro già di per sé molto complesso in cui si fronteggia l'aspirazione all'erogazione universalistica di prestazioni sanitarie e la scarsità delle risorse organizzative e finanziarie all'uopo indispensabili – il 'classico' dibattito sul costo del diritto alla salute e sulla sostenibilità dei servizi sanitari pubblici⁹ – la questione si complica non poco nel momento in cui ad essere messa in discussione è proprio la funzionalità di alcune metodiche a soddisfare un'esigenza di salute dell'essere umano, ma ciò non solo in ragione del loro elevato costo e, dunque, dell'impatto delle stesse sulle finanze pubbliche, quanto anche a causa dei conflitti valoriali ed etici derivanti dall'applicazione delle stesse. In altre parole, quando la nota e risalente discussione sulla qualificazione del diritto alla salute come «diritto finanziariamente condizionato»¹⁰ incrocia l'altrettanto nota e spinosa questione dell'accesso a prestazioni medico-specialistiche eticamente sensibili, il giurista – alla ricerca di adeguate soluzioni teoriche, ma soprattutto pratiche – sembra intrappolato in un labirinto senza vie d'uscita o comunque costretto ad imboccare strade, se non vere e proprie scorciatoie sconsigliabili. Una di queste potrebbe essere quella di invocare il limite delle risorse disponibili per sottrarsi dall'erogazione di una prestazione sanitaria "eticamente controversa"; ed è proprio questo quanto, a mio avviso, si è concretamente verificato, dopo la sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale relativamente all'accesso alla PMA di tipo eterologo, diritto che, come si avrà modo di precisare, è tutt'altro che incondizionato e indipendente dall'assunzione di fondamentali decisioni rimesse alla discrezionalità del legislatore e della pubblica amministrazione. Allo stesso tempo, la vicenda della fecondazione eterologa rivela emblematicamente anche i limiti della sola tutela giurisdizionale dei diritti e le difficoltà nascenti dal mancato raccordo Stato-Regioni nell'organizzazione del servizio sanitario.

Sull'altro versante, quello dell'accesso all'IVG, dal momento che pare più difficile contestare la riconducibilità di tale prestazione, rientrando nei livelli essenziali di assistenza, tra quelle che il Servizio sanitario nazionale è tenuto ad erogare sull'intero territorio nazionale, ad insidiare l'effettività del diritto in parola è non tanto l'argomento della (in)sostenibilità finanziaria della prestazione sanitaria, quanto il ricorso a varie strategie di «sabotaggio» della legge n. 194 del 1978, tra le quali una delle più efficaci è sicuramente il massiccio ricorso all'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario e parasanitario. Sebbene l'entità

⁸ R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Salute e sanità*, Giuffrè, Milano, 2010, 18 ss.

⁹ Cfr. D. CALLAHAN, *La medicina impossibile. Le utopie e gli errori della medicina moderna*, (trad. it.), Baldini & Castoldi, Milano, 2000.

¹⁰ V. *infra* par. 6.

L'espressione diritti finanziariamente condizionati, ripresa anche nella giurisprudenza costituzionale, è di F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, il Mulino, Bologna, 1990, 30.

del fenomeno, in termini quantitativi e di diffusione territoriale, possa far sorgere più di un dubbio sulla sincerità dell'appello a questioni coscienza da parte del personale chiamato a partecipare ai procedimenti di IVG, a chi scrive non sembra che, di fronte a questo fenomeno, si possa o imbroccare la facile scorciatoia della limitazione irragionevole fino alla negazione del diritto all'obiezione di coscienza – che pur gode di rilievo costituzionale –, oppure, in senso diametralmente opposto, prefigurare un diritto assoluto e illimitato, di astenersi, per ragioni di coscienza dall'adempimento di un obbligo professionale. Né, ancora, con l'intento di salvaguardare la libertà di autodeterminazione della donna, a fronte dei sempre più ardui ostacoli frapposti alla formazione di una scelta cosciente e responsabile sulla prosecuzione o meno della gravidanza, sembra preferibile auspicare la liberalizzazione dell'aborto. Ad impedire questo esito, come più volte chiarito dalla Corte costituzionale¹¹, sta non solo il dovere della Repubblica di salvaguardare i diritti del nascituro, ma, ancor più a monte, il dovere di garantire il diritto alla salute di tutte le donne e non soltanto di quelle che dispongono delle condizioni – anzitutto, ma non solo, economiche – per potere accedere alla pratica abortiva in condizioni di sicurezza e dopo aver maturato una decisione libera e consapevole in tal senso.

2. Dubbi sull'immediata praticabilità della fecondazione con donazione di gameti dopo la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale

Prendendo le mosse dalle questioni relative all'accesso alla PMA, non si può non constatare come la rimozione, da parte della Corte costituzionale, con la sentenza n. 162 del 2014, del divieto di praticabilità della fecondazione con gameti di soggetti esterni alla coppia di aspiranti genitori abbia ulteriormente accresciuto i dubbi di costituzionalità sull'impostazione di fondo della legge n. 40/2004, emersi già nel corso del suo lungo e tormentato *iter* di approvazione parlamentare: ci si riferisce all'atteggiamento di forte chiusura manifestato dal legislatore del 2004 nei riguardi di alcune tecniche di procreazione "artificiale" e del sapere scientifico in generale¹², nonché all'inadeguata valutazione delle condizioni di salute dei soggetti interessati a ricorrervi. La mole, ma soprattutto, l'assolutezza dei limiti soggettivi ed oggettivi fissati dal legislatore per l'accesso della PMA, lungi dal configurarsi quali necessari strumenti per la salvaguardia di interessi costituzionali del concepito, oltreché esplicitazione di opportune cautele che il diritto è tenuto ad apporre nei riguardi di un ricorso illimitato ed incondizionato a diverse metodiche di manipolazione della vita nascente¹³, rive-

¹¹ Corte costituzionale, sentenze nn. 26/81; 35/97, sulle quale v. *infra* par. 7.

¹² Al punto che, secondo L. CHIEFFI, *La regolamentazione della fecondazione assistita nel difficile dialogo tra le "due culture"*, in L. Chieffi - J.R. Salcedo Hernández (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Mimesis, Milano-Udine, 2015, 157 ss., in Italia le vicende relative alla regolamentazione della PMA denotano le persistenti difficoltà di realizzare quel proficuo ed indispensabile dialogo tra le "due culture" auspicato da S.P. Snow. Al riguardo, si veda anche l'analitico studio comparativo di S. PENASA *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, in part. 180 ss.

¹³ L. CHIEFFI, *op. ult. cit.*, 158.

lano un più profondo e mal celato disfavore del decisore politico nei confronti della scienza e della tecnica in generale, al punto che, in casi tutt'altro che marginali, i divieti e gli obblighi¹⁴ previsti dalla legge n. 40/04 finiscono per allontanarsi da quella enunciazione di principio con cui si apre la stessa legge, esplicitamente finalizzata a salvaguardare «i diritti di *tutti* i soggetti coinvolti, compreso il concepito» (art. 1)¹⁵.

Se questo è il quadro generale entro il quale si è venuta ad innestare, nei tredici anni di vigenza della legge n. 40/04, una costante e pervicace attività giurisprudenziale di rimozione dei limiti legali e/o di adeguamento esegetico degli stessi ai dettami della Carta costituzionale¹⁶, per quanto concerne specificamente la praticabilità della fecondazione esogamica, va rilevato che la sentenza caducatoria del giudice costituzionale, pur avendo contribuito a chiarire quali presupposti legittimano il ricorso a tale tecnica, ha dato luogo ad ulteriori problematicità a causa del carente, tardivo, se non inappropriato seguito legislativo della stessa.

Già all'indomani del deposito della sentenza n. 162/2014, la principale questione che si è posta nel dibattito politico-istituzionale è stata quella dell'immediata applicabilità o meno della decisione della Consulta. La questione, come si preciserà di qui a poco, è stata mal impostata da punto di vista propriamente giuridico, forse anche perché influenzata dalle consuete polemiche – tanto più ricorrenti su questi temi – che accompagnano pronunciamenti del giudice delle leggi resi in ambiti connotati da ampia discrezionalità legislativa. Ma a confondere non poco i termini del dibattito ha in buona parte contribuito anche il Governo¹⁷.

Nel corso dell'Audizione dinanzi alla XII Commissione della Camera dei deputati, il 29 luglio 2014, il Ministro della salute, B. Lorenzin, tenendo opportunamente distinte le problematiche etiche e quelle giuridiche della fecondazione eterologa, si era dichiarata pronta a dare immediata attuazione alla sentenza per consentire alle Regioni e ai centri di PMA di avviare la 'nuova' pratica procreativa in condizioni di uniformità sul territorio nazionale e soprattutto nel rispetto dei diritti delle coppie infertili e dei nascituri. Allo stesso tempo, il Ministro

¹⁴ Ci si riferisce, in particolare, all'obbligo, di cui alla formulazione originaria dell'art. 14, commi 2 e 3, l. n. 40/04, di produrre massimo tre embrioni e di procedere al loro contestuale impianto. Le disposizioni in parola sono state dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 151/09, commentata, tra gli altri, da M. MANETTI, *La sentenza sulla PMA, o del legislatore che volle farsi medico*, in *Costituzionalismo.it*, 28 maggio 2009.

¹⁵ Corsivo nostro.

L'attenzione della dottrina su questa disposizione ha investito principalmente l'attribuzione, al concepito, della qualifica di "soggetto di diritto". Sul punto, v. per tutti D. CARUSI, *Non solo procreazione assistita: il principio di pari dignità e la Costituzione minacciata*, in *Pol. Dir.*, 2007, 422 ss. Ai nostri fini conta invece soprattutto rimarcare la scarsa considerazione, da parte del legislatore del 2004, per i diritti di coloro che sono certamente già persone, dotate di piena soggettività giuridica, a cominciare dalla madre. Così A. PIOGGIA, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro*, in *Genlus*, 2/2014, 90.

¹⁶ Tanto da far parlare di una vera e propria «riscrittura giurisprudenziale» della «ex» legge 40, G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam e dir.*, 2011, 520 ss. (la quale riprende L. D'AVACK, *L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1737; A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 2015, 997 ss.; A. D'ALOIA, *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 2015, 997 ss.).

¹⁷ Cfr. F. ANGELINI, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta. La sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, lo Stato, le Regioni sulla fecondazione assistita eterologa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 61 ss.; ID., *Procreazione medicalmente assistita*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., VI, Utet, Torino, 2015, 374 ss.

aveva evidenziato l'esigenza di completare il quadro normativo vigente in materia e, a tal fine, aveva preannunciato di voler proporre alla successiva riunione del Consiglio dei Ministri l'adozione di un decreto-legge per regolare la pratica della donazione dei gameti e la tracciabilità dei donatori, attesa la necessità di intervenire (urgentemente) in questa materia con una fonte di rango primario. Il provvedimento preannunciato dalla Lorenzin non ha mai visto la luce: come si evince dalla lettera ai capigruppo di Camera e Senato inviata dalla stessa all'indomani del Consiglio dei Ministri dell'8 agosto 2014, l'organo collegiale del Governo ha ritenuto opportuno non invadere le prerogative del Parlamento rappresentativo in un ambito tematico investito da molteplici implicazioni etiche e tale esigenza è stata così fortemente (e sorprendentemente¹⁸) avvertita dall'Esecutivo da indurlo a rinunciare anche ad esercitare una sua incontrovertibile competenza costituzionale, l'assunzione dell'iniziativa legislativa.

A fronte di questo contraddittorio atteggiamento del Governo che, da un lato, soprattutto nella persona del Ministro della salute, rimarcava la necessità di un seguito legislativo della decisione della Consulta, e dall'altro, non assumeva poi nessuna concreta iniziativa in tal senso, si sono levate voci di protesta che, pur con diversità di accenti, hanno visto in esso un tentativo di bloccare, limitare o rinviare il diritto delle coppie assolutamente sterili di praticare la PMA con donazione di gameti, in dispregio del giudicato costituzionale¹⁹.

Ad uno sguardo un po' più attento si coglie però che ad inficiare concretamente il diritto in parola non è stato l'attivismo del Governo, quanto la sua inerzia, protrattasi per lungo tempo anche sul piano amministrativo²⁰, ma soprattutto che il "grande latitante" in tutta questa vicenda è stato – e continua per molti versi ad essere – il Parlamento²¹. Come si avrà modo di chiarire diffusamente nel corso dello studio, la praticabilità del trattamento di fecondazione eterologa, lungi dal presupporre un comportamento di astensione da parte delle istituzioni pubbliche, esige la loro attivazione, tanto dei cc.dd. "rami alti" dell'apparato pubblico (gli organi di indirizzo politico), tanto dei "rami-bassi" (Pubblica Amministrazione)²².

¹⁸ Ci si riferisce alla "leggerezza" con cui sovente il Governo esercita i propri poteri normativi in evidente dispregio delle prerogative del Parlamento.

¹⁹ V. almeno il "Manifesto dei giuristi per l'immediata attuazione/pieno rispetto della sentenza n. 162 della Corte costituzionale", reperibile in www.quotidianosanità.it.

²⁰ Atteso anche il tardivo, e comunque parziale, aggiornamento delle Linee Guida Ministeriali ex art. 7 delle l. n. 40/04.

Con il decreto del Ministro della salute 1° luglio 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 14 luglio 2015, n. 161, sono state aggiornate le Linee guida di cui al decreto del Ministro della salute dell'11 aprile 2008, tenendo conto delle sentenze della Corte costituzionale nn. 151/09 e 162/14. Nelle ultime Linee guida manca uno specifico richiamo alla recente sentenza della Corte costituzionale, n. 96 del 2015, relativa alla pratica della diagnosi genetica preimpianto.

²¹ Sebbene nel corso degli anni e, soprattutto, dopo la sentenza n. 162/2014, siano stati presentati diversi progetti di legge, volti a modificare o, quanto meno, ad integrare quanto previsto nella legge del 2004, nessuno di essi ha mai terminato l'iter di approvazione, anzi, nella maggior parte dei casi, i progetti di legge non sono mai approdati in Aula. Da ultimo si veda l'esame da parte della XII Commissione permanente Igiene e Sanità del Senato del d.d.l. AS. 1630, discusso congiuntamente ad altri disegni di legge recanti una nuova disciplina della PMA.

²² Va anche detto però che ad alimentare i dubbi sull'immediata praticabilità dei trattamenti di fecondazione eterologa, una volta annullato il divieto legale, può avere in parte contribuito anche la stessa Corte costituzionale. In un passaggio della sentenza n. 162/2014, infatti, il giudice costituzionale ha sostenuto che non vi sarebbe stato alcun pericolo di vuoto normativo a seguito della sua pronuncia caducatoria, in quanto aspetti pregnanti della materia avrebbero continuato a trovare regolamentazione nelle vigenti disposizioni della legge n. 40

La questione va pertanto correttamente inquadrata e, a tal fine, non si può che prendere le mosse da un'attenta analisi della sentenza n. 162 del 2014, soprattutto per fare chiarezza sulla natura del diritto di accesso alla procreazione assistita con donazione di gameti, sui suoi limiti e sull'esigenza di salvaguardare altri interessi di rango costituzionale. In altre parole, per ricostruire il tormentato seguito della decisione in parola e per comprenderne gli aspetti di criticità, è indispensabile muovere dalle sue premesse.

3. La tutela del diritto alla salute dei membri della coppia quale condizione di accesso alla PMA di tipo eterologo

La dichiarazione di incostituzionalità del divieto di fecondazione esogamica, di cui all'art. 4, co.3, della legge n. 40 del 2004, è fondata sulla violazione di plurimi parametri costituzionali. La Corte costituzionale, dopo un'iniziale incertezza riguardo la violazione del parametro convenzionale interposto rappresentato dalla CEDU²³, ha accolto le questioni di illegittimità (ri)sollevate dai giudici remittenti in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., sottolineando la necessità di una loro congiunta ed inseparabile valutazione, tanto più imprescindibile atteso che il tema della PMA coinvolge plurimi interessi costituzionali. In un passaggio centrale dell'articolata sentenza n. 162 del 2014, la Corte ha rilevato che la scelta compiuta nel 2004 di porre un divieto assoluto di donazione di gameti a fini procreativi è priva di «adeguato fondamento costituzionale»²⁴ ed è frutto di un irragionevole bilanciamento tra i plurimi diritti costituzionali implicati nella fattispecie. Introducendo il divieto in parola, sempre secondo il giudice costituzionale, il legislatore del 2004 avrebbe eccessivamente sacrificato sia la libertà dei membri della coppia di autodeterminarsi in ordine alla scelta di diventare genitori –

(disposizioni che, nonostante il divieto, erano state dettate nella consapevolezza del fatto che la fecondazione eterologa poteva essere praticata all'estero) ed, inoltre, ad altre lacune si sarebbe potuto rimediare in via interpretativa o mediante aggiornamento delle linee guida. Invero, queste affermazioni, lungi dal dimostrare l'autoapplicatività della sentenza, sono sostanzialmente servite a respingere l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato ed, infatti, la stessa Corte non ha mancato di precisare che un rischio di vuoto normativo non può far venir meno il potere-dovere del giudice costituzionale di dichiarare l'illegittimità di una legge dalla quale derivi un *vulnus* per i diritti fondamentali, spettando poi alla saggezza del legislatore intervenire sollecitamente per colmare la lacuna. V. Punto 11 del Considerato in diritto.

²³ Va ricordato infatti che le prime ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione con donazione dei gameti facevano riferimento tanto alla violazione di disposizioni costituzionali, quali gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32, tanto alla violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU, integrativi del parametro di cui all'art. 117, co. 1 Cost., nell'interpretazione fornita dalla I Sezione della Corte EDU nella pronuncia del 1° aprile 2010, *S.H. e a. c. Austria*. La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 150 del 2012, ha restituito gli atti ai giudici *a quibus* chiedendo una nuova valutazione della questione alla luce dell'emissione da parte della Grande Camera della Corte EDU di una pronuncia definitiva difforme rispetto a quella della Prima Sezione. Tale decisione processuale del Giudice delle leggi ha suscitato non poche critiche tanto più fondate all'esito della pronuncia del 2014; in effetti, nell'ordinanza del 2012 la Corte aveva ritenuto prioritaria e dirimente la considerazione della ipotizzata violazione della CEDU, laddove poi nella successiva sentenza n. 162/2004 ha ritenuto assorbiti i motivi di censura della l. n. 40/04 formulati in riferimento al parametro convenzionale interposto. A tal proposito, cfr. A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 luglio 2012; A. RUGGERI, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: la Consulta chiude al «dialogo» con la Corte EDU*, in *Quad. cost.*, 2014, 659 ss.

²⁴ Punto 6 del Considerato in diritto.

libertà che la Corte ritiene incoercibile anche quando esercitata attraverso il ricorso alla tecnica di PMA di tipo eterologo – sia il loro diritto alla salute, inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica»²⁵. La Consulta ha inoltre precisato che, nei riguardi dei soggetti affetti da «patologie produttive di una disabilità – nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un'ampia accezione –», il legislatore è tenuto a predisporre misure di tutela che, pur potendo soggiacere ai limiti derivanti dall'esigenza di salvaguardare altri interessi costituzionali, non ne sacrificano il nucleo indefettibile di garanzie.

Determinante ai fini della dichiarazione di incostituzionalità è, dunque, la riconduzione degli interventi di fecondazione medicalmente assistita, sia omologa sia eterologa, nell'ambito dei trattamenti sanitari funzionali a salvaguardare il diritto alla salute²⁶. Questa affermazione, da sempre condivisa da buona parte della dottrina²⁷ e che pur aveva trovato largo seguito nei lavori preparatori della legge n. 40/2004, è senz'altro corretta. Pur essendo vero che le diverse metodiche di PMA consentono solo di "aggirare" i problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità, e non di curare definitivamente tale stato patologico, è altrettanto vero che i concetti di salute, terapeuticità e assistenza sanitaria non possono che essere accolti in un'ampia accezione. Infatti, le forme di tutela del diritto costituzionale alla salute non vanno ristrette solo alle misure curative in senso stretto, a quelle in grado cioè di ripristinare funzioni organiche compromesse, in quanto, se così fosse, si finirebbe per escludere dal novero dei trattamenti sanitari anche la dialisi, la somministrazione di insulina al diabetico e molti altri interventi medico-farmacologici i quali, pur non eliminando la causa della patologia, rimediano ai disagi che ne discendono²⁸. Ma soprattutto va considerato che, a denotare la nozione giuridica di salute, concorre non solo la componente fisico-corporale di un individuo, ma anche quella psichica, o meglio, la dimensione interiore e sociale di una persona, la «idea di sé» di ciascuno che tiene insieme fisicità e psiche²⁹ e la sua proiezione in un preciso contesto storico, sociale, ambientale e culturale³⁰. In altre parole, qualsiasi tentativo di ridurre la tutela costituzionale della salute alla sola predisposizione di cure (nel senso di ripristino) di stati patologici, sarebbe fuorviante e poco in linea con la vocazione espansiva di tale nozione costituzionale.

²⁵ Punto 7 del Considerato in diritto.

²⁶ In tal senso, A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Dir. pen e proc.*, 2014, 842.

²⁷ V., per tutti, L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, in *Dir. fam. e persone*, 2014, 1005, con puntuali richiami anche ai lavori preparatori della legge.

Ma non sono mancati – e tuttora persistono – dubbi sulla violazione del diritto costituzionale alla salute derivanti dal divieto assoluto di donazione di gameti a fini procreativi di cui alla l. n. 40/04. Oltre alle più persuasive argomentazioni addotte dalla dottrina che di seguito sarà richiamata, v. almeno G. ROCCHI, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in *Rivista AIC*, 2/2012.

²⁸ A. VALLINI, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principi, prassi*, Giappichelli, Torino, 2012, 43.

²⁹ A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal*, 1/2014, 91.

³⁰ R. FERRARA, *Il diritto alla salute*, cit., 50.

Del resto, ad avvalorare tale interpretazione estensiva concorre lo stesso dato normativo: come esplicitamente enunciato nell'art. 1, la legge n. 40 del 2004 è volta a «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» ed il ricorso alle tecniche di PMA «è consentito qualora non vi siano *altri metodi terapeutici* efficaci»³¹ per rimuoverne le cause. Di qui l'irragionevolezza del divieto assoluto di praticabilità della fecondazione (impropriamente definita³²) di tipo eterologo: laddove la legge consente quella di tipo omologo, riconoscendo il diritto di accesso a tale trattamento quando funzionale a risolvere un problema di salute anche solo di uno dei membri della coppia, il legislatore non può legittimamente vietare la donazione di gameti a fini procreativi, considerato che anche questa metodica è adeguata a porre rimedio ad una condizione di sterilità (unilaterale o bilaterale) non altrimenti superabile e tenuto conto delle ricadute negative di tale divieto sulla salute dei membri di una coppia. Ed infatti, nella sentenza n. 162/2014, la Corte costituzionale non ha mancato di evidenziare che il divieto assoluto di fecondazione eterologa, di cui all'art. 4, co. 3, l. n. 40/04, non solo si rivela in contrasto con la *ratio legis*, ma conduce ad irragionevoli disparità di trattamento, discriminando le coppie affette dalle patologie riproduttive più gravi: in forza di quel divieto le coppie assolutamente sterili, a differenza di quelle colpite da patologie meno gravi, superabili attraverso la PMA omologa, vedono preclusa qualsiasi possibilità di realizzare la propria genitorialità (genetica), così subendo una lesione irreparabile e ingiustificata del diritto alla salute.

Se riguardo all'incidenza sulla salute dei membri della coppia, il giudice costituzionale non ha ritenuto dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo e eterologo, lo stesso ha avuto cura di precisare che il divieto in parola non trova giustificazione nell'esigenza di salvaguardare altri preminenti interessi costituzionali. Al riguardo, la Corte ha escluso che la pratica della donazione dei gameti possa arrecare irreparabile pregiudizio ai diritti del figlio nato da tale metodica: tra questi non può annoverarsi un presunto diritto alla genitorialità biologica, in quanto la nozione di filiazione fatta propria dal nostro ordinamento giuridico prescinde dal dato genetico, come può facilmente evincersi considerando l'istituto dell'adozione e il rilievo assunto dalla genitorialità sociale. Escluso poi che il ricorso alla PMA di tipo eterologo possa perseguire illegittimi fini eugenetici o determinare un rischio per la salute psicologica del nascituro, correlato ad una genitorialità non biologica, la Corte ha però avvertito che esso non può frustrare il diritto del nascituro a conoscere la propria identità genetica³³ e, pertanto, la regola della segretezza dell'identità dei donatori di gameti, posta a garanzia della coesione

³¹ Corsivo nostro.

³² L'espressione fecondazione "eterologa" o di tipo eterologo, sebbene oramai diffusa nella letteratura giuridica e bioetica, è impropria, se non erronea, in quanto in medicina e biologia "eterologo" è un organo, un tessuto, una sostanza organica provenienti da specie animale diversa da quella trattata.

³³ Sul diritto all'identità genetica, la Corte costituzionale ha richiamato la più recente evoluzione normativa – in materia di adozione, l'art. 28, co. 4, della l. n. 184/1983, come modificato dall'art. 100, co. 1, lett. p), del d. lgs. n. 154/2013, nonché la sua precedente sentenza n. 278/2013 sul parto in anonimato – rammentando come il "dogma" della segretezza dei genitori biologici risulta già da tempo infranto.

Ampliamente sul tema del diritto alla conoscenza delle proprie origini, che ha una portata ben più ampia di quella qui evidenziata, si rinvia al documento del COMITATO NAZIONALE DI BIOETICA, *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, 25 novembre 2011.

della famiglia sociale, deve trovare un giustificato limite nella predisposizione di forme di tracciabilità di donatori di gameti, donatari e nato, funzionali ad assicurare il diritto di quest'ultimo a conoscere la propria origine genetica³⁴, almeno quando ciò è necessario a risolvere un problema di salute.

Attraverso una meticolosa opera di distinzione all'interno di un eterogeneo fascio di interessi potenzialmente lesi dalla pratica della donazione dei gameti³⁵, il giudice costituzionale ha quindi riconosciuto, nel diritto del nato a conoscere la propria origine biologica e nell'esigenza di controllare e limitare il numero dei nati da tale metodica, i soli interessi di rilievo costituzionale concorrenti a quello della coppia di aspiranti genitori. È probabilmente nel successivo passaggio argomentativo della decisione che può scorgersi qualche aspetto di fragilità: alla preliminare individuazione degli interessi concorrenti e alla fondamentale precisazione che essi non possono, di per sé, valere a giustificare una proibizione assoluta di donazione dei gameti – salvo che ciò costituisca l'unica misura praticabile –, la Consulta ha fatto seguire un altrettanto minuziosa ricostruzione della normativa vigente per dimostrare l'esistenza, *de iure condito*, di un'adeguata regolamentazione di tale pratica³⁶. A ben vedere, quegli argomenti sono stati adottati dalla Corte solo per fugare il rischio di vuoto normativo paventato dall'Avvocatura dello Stato, ma gli stessi hanno finito per rappresentare un appiglio per sostenere l'auto-applicatività della sentenza, o meglio, l'immediata praticabilità della PMA eterologa³⁷, inducendo così a trascurare la necessità di una compiuta regolamentazione di questa pratica procreativa volta a garantire anche eguaglianza ed equità nell'accesso ad essa.

Mettendo solo per il momento da parte le considerazioni relative alla ricaduta della decisione della Consulta sulla discrezionalità politica spettante al legislatore, va evidenziato che, in continuità con la sua pregressa giurisprudenza in tema di PMA³⁸, la sentenza n. 162/2014 si lascia apprezzare per l'incisività con la quale il giudice costituzionale ha ricondotto anche la fecondazione eterologa al diritto costituzionale alla salute³⁹. La Corte, pur non mancando di richiamare l'incoercibile libertà procreativa (ricavabile da una lettura estensiva e sistematica degli artt. 2, 3 e 31 Cost.), ha fondato la propria censura al divieto legale anche sul ben più saldo parametro dell'art. 32 della Costituzione.

³⁴ Anche se con un po' di ritardo, su questo specifico aspetto il legislatore è intervenuto per dare attuazione alla sentenza n. 162/2014. L'art. 1, co. 298, della legge n. 190/2014 (Legge di stabilità 2015) ha istituito il «Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo».

³⁵ Cfr. S. AGOSTA, *L'anabasi (tra alterne fortune) delle fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, in *BioLaw Journal*, 2014, 90 ss.

³⁶ Comunque integrabile tramite aggiornamento delle Linee Guida Ministeriali.

³⁷ In tal senso Tribunale di Bologna, ordinanza 14 agosto 2014 in www.biodiritto.org.

³⁸ Per una ricostruzione sistematica di questa giurisprudenza v. F. ANGELINI, *Procreazione medicalmente assistita*, cit., 353 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Giuffrè, Milano, 2017, 62 ss.

³⁹ Così G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione «eterologa»: il peccato di Ulisse*, in *Quad. cost.*, 2014, 663.

Se, dunque, è in parte vero che la moltiplicazione dei parametri violati ha potuto dar luogo, all'indomani della decisione, ad ambiguità interpretative⁴⁰, specie in ordine alla necessità o meno di un intervento attuativo, è altrettanto vero che proprio la loro indispensabile connessione, ben rimarcata dalla Corte, impedisce di configurare l'accesso alla PMA, anche di tipo eterologo, quale forma di esercizio di una mera libertà procreativa, da non "ostacolare" con interventi normativi che non siano indispensabili per tutelare altri interessi di rango costituzionale. Più precisamente, pur essendo incontestabile che la decisione di avere o meno figli, quale espressione della fondamentale libertà di autodeterminazione, costituisce un aspetto tra i più intimi dell'identità personale e che, in uno Stato liberal-democratico, informato alla non prevaricazione sulle libertà dei singoli, al potere politico è fatto divieto di imporre o vietare la procreazione⁴¹, si deve precisare che il richiamo alla incoercibilità delle scelte procreative è più confacente alle vicende della procreazione naturale⁴², in quanto, laddove una coppia sceglie (*rectius*: ha necessità) di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, chiede sostanzialmente ai pubblici poteri non già di assumere una posizione di non-interferenza/astensione, ma di porre in essere le condizioni e/o di fornirgli i mezzi necessari per poter effettivamente esercitare la propria scelta procreativa⁴³.

Merita quindi di essere rimarcato che le metodiche di PMA omologa ed eterologa (talvolta accomunate sotto l'impropria etichetta di forme di procreazione "artificiale"⁴⁴) non costituiscono modalità procreative alternative a quella avviata mediante rapporto sessuale, e, in quanto tali, ad essa pienamente parificabili quali forme di esercizio della stessa libertà di autodeterminazione riproduttiva. La configurazione di un vero e proprio diritto di accesso alle stesse trova fondamento nell'esigenza di garantire il diritto costituzionale alla salute, diritto dal quale discendono non solo responsabilità individuali, ma anche responsabilità pubbliche e non solo nei riguardi della vita nascente, ma anche verso gli stessi soggetti che chiedono l'assistenza medica alla procreazione per soddisfare non un mero desiderio, né tantomeno un capriccio, ma un vero e proprio diritto costituzionale.

⁴⁰ L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 36.

⁴¹ A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, II, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, 1342.

⁴² Così L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa*, cit., 1007.

⁴³ Pare evidente infatti che la decisione procreativa portata a compimento mediante attività sessuale non può essere pienamente assimilata a quella realizzabile mediante assistenza medico-specialistica e ciò non solo perché nei riguardi della prima lo Stato non può apporre alcuna limitazione, ma sostanzialmente perché la seconda, lungi dal risolversi nell'esercizio di una decisione autonomamente e liberamente maturata dagli aspiranti genitori, necessita dell'intervento di soggetti terzi (una vera e propria *équipe* di specialisti) e questa partecipazione, questa assistenza all'avvio del processo procreativo – ben più complessa di quella richiesta per qualsiasi processo procreativo – intanto può configurarsi come attività doverosa se la stessa è funzionale a rimediare ad una condizione di sterilità altrimenti non superabile.

⁴⁴ A dimostrazione dell'erroneità di tale qualificazione, basti ricordare che le varie tecniche di PMA, dalle più semplici alle più complesse, consentono solo di scindere la riproduzione umana dalla sessualità e non già di sostituire interamente il processo procreativo. È infatti evidente che alcune delle fasi dello stesso – si pensi solo alla gestazione (ove svolta dalla madre genetica) – sono sostanzialmente identiche, tanto se il concepimento avviene "per vie canoniche", tanto nel caso in cui esso è realizzato "in provetta".

Prima di specificare in cosa si sostanzia il dovere della Repubblica di tutelare la salute di ciascun individuo, non si può non rilevare che il richiamo all'art. 32 Cost., contenuto nella sentenza n. 162/2014, può dar luogo a qualche dubbio interpretativo. Ci si riferisce, in particolare, a quel passaggio della decisione in cui il giudice costituzionale ha sostenuto che «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia»⁴⁵. Siffatta affermazione potrebbe suscitare qualche perplessità, non certo per il rilievo che in essa assume la dimensione psichica e relazionale del diritto alla salute, ma per l'inedito riconoscimento della titolarità di tale diritto in capo alla coppia e non già ai singoli membri della stessa e, soprattutto, per le conseguenze che potrebbero discendere da un'eccessiva enfattizzazione del legame tra benessere psichico e ricorso funzionale alla tecnica. Sul punto sembrano infatti condivisibili le considerazioni avanzate da chi⁴⁶ ha messo in luce che questi aspetti avrebbero meritato ulteriori precisazioni, quanto meno al fine di evitare di considerare problema di salute psichica (che obbliga i pubblici poteri a porre in essere misure di attuazione e implementazione del diritto costituzionale) qualsiasi impedimento alla procreazione naturale, superabile attraverso il ricorso alla tecnica e persino tramite metodiche che sollevano altre delicate questioni, chiamando in causa ulteriori interessi di rilievo costituzionale⁴⁷. Va anche precisato però che il richiamo alla salute psichica della coppia è quanto mai appropriato quando la PMA è praticata con donazione di gameti maschili, in quanto, in questo caso, l'applicazione della tecnica interessa fisicamente e biologicamente una donna non affetta da alcuna patologia riproduttiva, ma solo da un profondo stato di turbamento determinato dall'impossibilità di procreare con il proprio partner che è affetto da sterilità irreversibile. Pertanto, solo riconoscendo le conseguenze pregiudizievoli che un divieto assoluto di donazione di gameti maschili può avere sull'equilibrio psichico di ciascuno dei membri della coppia sarà possibile praticare sul corpo di una donna sana un trattamento tanto invasivo come la PMA⁴⁸ ed è molto probabile che, proprio per questa ragione, la Corte costituzionale – riprendendo implicitamente argomentazioni formulate nelle ordinanze di rimessione del Tribunale di Milano e di quello di Catania – abbia individuando nella coppia, e non nel singolo, il referente del diritto riconosciuto dall'art. 32 Cost.

Quanto alle implicazioni derivanti da un'eccessiva estensione della nozione costituzionale di salute e dal conseguente ampliamento delle richieste di accesso alle tecniche biomediche ai fini della sua tutela, meritano particolare considerazione le osservazioni critiche provenienti da quella parte della dottrina attenta alle conseguenze di politica del diritto costituzionale che la sentenza n. 162/14 potrebbe aprire. La preoccupazione di fondo,

⁴⁵ Punto 7 del Considerato in diritto. Corsivo nostro.

⁴⁶ A. VALLINI, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale*, cit., 835.

⁴⁷ Si pensi alla surrogazione di maternità, ma anche alla possibilità di accesso alla PMA da parte di *single* o coppie omosessuali.

⁴⁸ In questo caso, infatti, il soggetto malato, perché sterile, «non è coinvolto fisicamente e biologicamente dall'intervento e si limita ad assumere il ruolo di un interlocutore sul piano giuridico e sociale». Cfr. A. VALLINI, *Illecito concepimento*, cit., 45; Id., *Sistema e metodo*, cit., 835; E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, in *Giur. It.*, 2014, 2827.

tutt'altro che trascurabile, manifestata da più parti è quella della possibile emersione di una concezione dei diritti costituzionali fortemente dipendente dalle acquisizioni della scienza e della tecnica, di un'idea di persona umana «riformulata *more scientifico*»⁴⁹, per cui tutto ciò che tecnicamente possibile costituirebbe perciò solo diritto⁵⁰, meritevole della più ampia e doverosa tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

In effetti, come si è già avuto modo di approfondire in altra sede⁵¹, il giudizio di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa ha contribuito a far riemergere uno dei più intricati nodi di fondo dei rapporti tra scienza medica e diritto costituzionale, a cominciare dalla definizione del concetto di salute; senza poter qui riprendere compiutamente un discorso ampio e complesso, ci si limita ad osservare che, nella sentenza n. 162/2014, la Corte non ha sottovalutato i rischi di uno scivolamento verso concezioni soggettivistiche e edonistiche di salute, in virtù delle quali il ricorso alla PMA omologa o eterologa verrebbe a configurarsi come una cura dell'infelicità delle coppie sterili⁵². Ed infatti, non solo il giudice costituzionale ha avuto cura di puntualizzare che non si può «soggettivizzare la nozione di salute, né (...) assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici»⁵³, ma si è spinta a precisare che, ai fini dell'accesso alla PMA eterologa, ogni accertamento sullo stato di salute dei membri della coppia e sull'idoneità della pratica terapeutica a risolverli è rimesso alle valutazioni della scienza medica⁵⁴.

4. Le ricadute della sentenza n. 162 del 2014 sulla discrezionalità del legislatore. Precisazioni sul diritto alla tutela della salute come diritto condizionato

All'esito di quest'analisi della sentenza n. 162 del 2014, dovrebbe essere chiaro che tutto il percorso argomentativo compiuto dal giudice delle leggi per pervenire alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto assoluto di donazione di gameti a fini procreativi si snoda attorno all'esigenza di salvaguardare il diritto alla salute, anche solo psichica, di ciascuno dei membri della coppia. Tale impostazione è particolarmente impegnativa e gravida di importanti conseguenze sul piano dell'effettivo soddisfacimento del diritto invocato.

⁴⁹ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 giugno 2014, 5-6; ID., *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, 68.

⁵⁰ C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, 2596.

⁵¹ M.P. IADICICCO, *La medicina nella Corte costituzionale italiana. Osservazioni sul diritto alla salute tra legislatore, scienza medica e giudice costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *La medicina nei Tribunali*, Cacucci, Bari, 2016, 52.

⁵² Così I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, in *BioLaw Journal*, 2/2014, 54.

⁵³ Punto 7 del Considerato in diritto.

⁵⁴ V. punto 11.1 del Considerato in diritto, in cui trova conferma la "regola di fondo" della regolamentazione di ogni pratica terapeutica enunciata nella sentenza n. 282 del 2002 e richiamata nella sentenza n. 151/09, cit., punto 6.1 del Considerato in diritto: «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, 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».

La riconduzione dell'accesso alla PMA eterologa al diritto costituzionale alla tutela della salute (*i.e.*, al diritto a ricevere trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute) implica, per un verso, che la concreta soddisfazione di tale pretesa sia condizionata dall'apprestamento da parte dei pubblici poteri dei mezzi necessari per assicurarla, ma, al contempo, ciò non vale a sminuire la portata vincolante della prescrizione costituzionale, riducendo l'effettività del diritto a mere scelte discrezionali del legislatore.

Questi passaggi meritano di essere approfonditi e specificati, in quanto forieri di ricorrenti equivoci. In primo luogo, è necessario soffermarsi sul carattere condizionato del diritto costituzionale alla salute, declinato come diritto ad ottenere prestazioni sanitarie-terapeutiche. Pur essendo noto che il diritto riconosciuto e garantito dall'art. 32 Cost., ha una struttura complessa e multiforme⁵⁵, conflueno in esso tanto situazioni giuridiche aventi la tipica struttura dei diritti di libertà, quanto veri e propri diritti a prestazioni, pare evidente, sulla base di quanto precedentemente argomentato riguardo alla natura e alla struttura del diritto di accesso alla PMA, che il concreto soddisfacimento di siffatta pretesa presupponga l'adempimento di un preciso obbligo di prestazione. In altre parole, quando una coppia sterile intende avvalersi delle tecniche di procreazione medicalmente assistita essa non si limita a rivendicare la propria libertà procreativa, ma pretende di ricevere una prestazione medico-sanitaria. E in quanto diritto strutturalmente di prestazione, il diritto alla (tutela della) salute necessita del previo intervento, anzitutto del legislatore, ai fini del suo effettivo soddisfacimento⁵⁶.

Al riguardo può essere utile richiamare la qualificazione dei diritti sociali⁵⁷, proposta dalla dottrina italiana sulla scorta di quella tedesca, volta ad evidenziare il loro carattere «de-

⁵⁵ È opinione largamente condivisa in dottrina che la formula "diritto alla salute" esprima e sintetizzi la garanzia di una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, assai differenti, anche se talvolta reciprocamente implicate. Cfr. almeno B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. Soc.*, 1983, 25; M. LUCIANI, *Salute: I) Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Treccani, Roma, 1994, 5; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, 2 ss.. Sul legame tra di esse, cfr. R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Giuffrè, Milano, 2006, 5394 e 5395, secondo il quale la «natura complessa della situazione giuridica soggettiva tutelata dall'art. 32 Cost. e, in particolare, la compresenza in essa di (almeno) un diritto di libertà e uno sociale, non significa per altro che questi si pongano come momenti indipendenti: il profilo, per così dire, di libertà di cura, a meno di non configurarlo come situazione meramente astratta, è strettamente embricato con quello "social-prestazionale", in quanto senza un apparato organizzativo che assicuri tali prestazioni (di cura, ma altresì di prevenzione e riabilitazione) la libertà stessa viene meno e la salute è compromessa o violata».

È noto del resto che, su di un piano ancor più generale, le riflessioni (anche meno recenti) della dottrina costituzionalistica sui diritti e sulle libertà fondamentali hanno messo in luce come le differenziazioni tra di essi, costruite sulle loro caratteristiche strutturali, rilevino non tanto al fine di edificare categorie contrapposte, quanto per evidenziare una ricorrente pluridimensionalità dei diritti fondamentali.

⁵⁶ Chiarissimo sul punto M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., V, Utet, Torino, 2012, 240, (a cui si rinvia anche per i puntuali richiami alla monumentale letteratura e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali): «i diritti sociali, in quanto diritti strutturalmente di prestazione, seppur esigibili *contro* lo Stato, si concretano proprio in un "facere da parte dello Stato" medesimo, *id est*, prima di tutto, nell'intervento attuativo del legislatore ordinario e poi della pubblica amministrazione» e ferma restando la loro giustiziabilità.

Sulla distinzione dei diritti sociali dai diritti di libertà, sulla base del carattere strutturalmente pretensivo e funzionalmente redistributivo dei primi, si rinvia sempre a M. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 223-224. Sulla priorità storica (ma non ontologica) dei diritti 'classici' di libertà M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 4, che pur ravvisa una «diversità di struttura e contenuto giuridico tra i diritti di libertà e quei diritti sociali che consistono in "diritti a prestazione"».

⁵⁷ O meglio, di alcuni diritti sociali.

rivato o condizionato»⁵⁸. In effetti, il diritto di accesso ai trattamenti sanitari, è anzitutto condizionato dalla concretizzazione di un «presupposto di fatto»⁵⁹ e, cioè, l'esistenza di una organizzazione erogatrice della prestazione; ma molto diversa sarà l'entità della pretesa fatta valere da chi, invocando tale diritto, voglia ottenere una prestazione da parte di strutture già esistenti e dotate delle competenze materiali e umane all'uopo necessarie, rispetto a chi rivendichi un trattamento da parte di un'istituzione da creare o rispetto alla quale sia ancora da definire il processo organizzativo, che precede e condiziona la concreta erogazione della prestazione.

Già solo questo dovrebbe bastare a dimostrare la necessità di un previo intervento di attuazione del disposto costituzionale di cui all'art. 32, co. 1, ai fini dell'effettività del diritto ivi sancito; a ciò deve aggiungersi che l'esistenza di una regolamentazione generale posta dal legislatore rappresentativo muove dall'esigenza di specificare l'ambito materiale di tutela del diritto costituzionale, di cui è parte essenziale anche la previsione dei relativi limiti. È per questa fondamentale ragione che l'immediata esigibilità del trattamento di fecondazione eterologa non poteva essere fatta discendere quale conseguenza immediata ed automatica della sentenza caducatoria della Corte⁶⁰. Il diritto di accesso alla PMA con donazione di gameti è anzitutto condizionato dalla preesistenza di un problema di salute, alla cui soluzione è rivolto, ma il suo concreto soddisfacimento presuppone la predisposizione di una disciplina organizzativo-procedimentale che specifichi le forme di esercizio di tale diritto. Alla sentenza n. 162 del 2014 va senz'altro il fondamentale merito di aver chiarito la connessione tra diritto alla salute e accesso alla PMA; facendo leva principalmente sul parametro rappresentato dall'art. 32 Cost., il giudice costituzionale ha annullato il divieto di donazione di gameti di cui alla legge n. 40/04, un divieto privo di adeguato fondamento costituzionale in quanto capace di vulnerare irrimediabilmente un diritto fondamentale, senza che ciò potesse essere giustificato dalla necessità di tutelare, in forme meno gravose, altri beni di rilievo costituzionale. Ma la giustificabilità del diritto in parola non può, di per sé, assicurare l'immediata e concreta erogazione della prestazione sanitaria, in quanto il pieno soddisfacimento del diritto passa necessariamente per la previa regolamentazione delle sue forme e dei suoi limiti. Com'è stato opportunamente chiarito, l'effettività del diritto di accesso alla PMA eterologa «necessita delle attività di bilanciamento, decisione e messa a disposizione delle risorse (anzitutto economiche) che solo la politica può fornire»⁶¹ e «sottende l'esercizio di un potere di decisione politica circa i modi di rendere effettivo tale diritto (...) in un quadro di equilibrio con diritti e valori concorrenti di cui il legislatore è in primo luogo titolare»⁶².

⁵⁸ F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 71. Distingue invece nell'ambito dei diritti sociali, quelli «incondizionati» da quelli «condizionati» (preferendo tale terminologia rispetto a quella di diritti derivativi), A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XII, Treccani, Roma, 1989, 30.

⁵⁹ A. BALDASSARRE, *op. ult. loc. cit.*

⁶⁰ Senza contare che, come si preciserà meglio *infra*, l'effettiva accessibilità al trattamento di PMA eterologa, è condizionato e "dipendente" da ulteriori fattori.

⁶¹ R. LUGARÀ, *Fecondazione eterologa: dal riconoscimento del diritto alla sua (in)effettività*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 marzo 2015, 9.

⁶² V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 106.

In realtà, i più gravosi problemi derivanti dalla qualificazione del diritto alla tutela della salute come diritto condizionato non sorgono nel momento in cui si riconosce (correttamente) il suo carattere condizionato, ma allorché l'inerzia del legislatore rischia di differire *sine die* il concreto soddisfacimento del diritto in parola. È in questo ulteriore passaggio che si stagliano numerosi e ricorrenti equivoci, primo fra tutti quello di sovrapporre, fino a confondere, il carattere condizionato del diritto sociale alla salute con la sua precettività⁶³ e, accanto ad esso, l'ulteriore qualificazione e specificazione dei condizionamenti che il legislatore incontra nella sua doverosa opera di concretizzazione-attuazione del diritto costituzionale.

Sul primo punto, è indispensabile ribadire con forza il senso più profondo della costituzionalizzazione dei diritti sociali, diritti sì strutturalmente condizionati dalla previa esistenza di una regolamentazione generale attuativa degli stessi, ma ugualmente diritti alla cui osservanza sono tenuti tutti i poteri dello Stato, ciascuno chiamato, in base alle proprie competenze, ad assicurare l'effettività della previsione costituzionale. L'attuazione costituzionale del diritto sociale alla tutela della salute, pur condizionando il concreto soddisfacimento della pretesa soggettiva, si configura come attività costituzionalmente doverosa, pena la «sostanziale vanificazione»⁶⁴ di tale diritto come «diritto costituzionale».

Solo la condivisione di siffatta premessa consente di comprendere l'importanza e le profonde implicazioni derivanti dalla riconduzione dell'accesso alla PMA (e all'IVG) al diritto costituzionale alla salute e la necessità di non ridurre tale pretesa alla sola dimensione di rivendicazione di spazi di libertà/autodeterminazione. E, sempre e soltanto in quest'ottica, è possibile cogliere la problematicità dello scenario dischiuso dalla sentenza n. 162/2014; la decisione del giudice costituzionale, lungi dal «chiudere la partita» annullando l'irragionevole divieto di praticare la PMA eterologa, ha rimandato ad un preciso e doveroso compito cui sono chiamati i poteri pubblici: rendere effettivo l'accesso a tale metodica procreativa quando la richiesta provenga da soggetti infertili, ovvero «affetti da patologie produttive di una disabilità» che non possono essere superate mediante il ricorso ad altri strumenti terapeutici⁶⁵. In questi casi, il diritto di accesso alla PMA eterologa incontra i soli limiti derivanti dalla necessi-

⁶³ Come avverte M. BENVENUTI, *op. cit.*, 240 «la qualificazione dottrinarica dei diritti sociali come diritti condizionati dev'essere correttamente intesa, per non ingenerare equivoci e, soprattutto, per precisare che essa – a differenza della sua trasposizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale (...) – non nega che i diritti “condizionati” (o “derivati” che dir si voglia) siano “veri” diritti costituzionali né assimila, per “troppo comoda e semplicistica opinione”, questi ultimi a meri “servizi sociali” o a mere “opportunità condizionali”. Se così fosse, infatti – ma così non è – dal movimento di costituzionalizzazione dei diritti sociali proprio delle carte novecentesche si tornerebbe, *à rebours*, in un assetto con alcune disposizioni immediatamente produttive di effetti giuridici ed altre, invece, “vessillari”, ovvero “relegat[e] – magari con tutti gli onori – nel limbo delle disposizioni prive di valore normativo ossia delle manifestazioni di (...) buone intenzioni”».

⁶⁴ A. BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, 33. In tal senso anche D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003, 164 *ma passim*. E recentemente molto chiaramente su tali questioni, G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion pratica*, 2016, 495 ss.

⁶⁵ Cfr. Tribunale Ordinario di Trento, sezione Lavoro, Ordinanza 16 Febbraio 2017, ove si precisa che «la tutela giuridica in favore delle coppie assolutamente infertili assume connotati non solo oppositivi (con conseguente incostituzionalità di norme e illegittimità di provvedimenti amministrativi che vietassero il ricorso alle tecniche di PMA – come statuito da Corte cost. 162/2014 in ordine all'art.4 co.3 L. 19.2.2004, n. 40), ma anche pre-tensivi, attenendo al “nucleo irriducibile del diritto alla salute” inteso quale diritto sociale ad una prestazione essenziale da parte del Servizio Sanitario Nazionale».

tà di tutelare altri interessi di rilievo costituzionale, ma il suo soddisfacimento, lungi dal poter essere condizionato da ulteriori valutazioni discrezionali del legislatore, costituisce una decisione costituzionalmente vincolata nell'*an*⁶⁶.

In effetti, i più penetranti e significativi rilievi critici formulati da una parte della dottrina⁶⁷ nei riguardi della sentenza n. 162/2014 investono la questione nodale degli effetti conformativi della stessa sulle scelte politiche espressione della discrezionalità legislativa. Sul punto ci si soffermerà più diffusamente dopo, quando si osserverà che il legislatore conserva, nella regolamentazione della materia, spazi di discrezionalità non proprio marginali; ciò che ora, invece, preme evidenziare è che il carente o ritardato seguito legislativo della decisione del giudice costituzionale è in larga parte dipeso dal consolidamento, tutt'altro che pacifico, di una precisa chiave di lettura del diritto a ricevere prestazioni sanitarie ovvero la sua qualificazione come diritto finanziariamente condizionato. Se, infatti, ci si spinge a verificare quali carenze (sul piano dell'attuazione politico-normativa⁶⁸) hanno condizionato l'immediata erogabilità della PMA eterologa dopo la sentenza della Corte, ci si avvede che, oltre al delicato profilo della tracciabilità dei donatori di gameti e della regolamentazione degli aspetti tecnici della pratica della donazione⁶⁹, il limite più grosso incontrato dalle coppie sterili è stato

⁶⁶ A. BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, 30.

⁶⁷ Cfr., almeno, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, cit.; L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC*, luglio 2014; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2014. E. ROSSI, *L' "attuazione" della sentenza sulla fecondazione eterologa*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, III, Giappichelli, Torino, 2016, 2071 ss.

⁶⁸ Senza contare la persistenza di ulteriori impedimenti, di altra natura, che ostacolano l'effettiva esigibilità del trattamento di fecondazione eterologa, primo fra tutti la carenza di donatrici di ovociti. Per ovviare a questa carenza, la pratica più interessante è certamente quella dello *egg sharing*, ovvero la donazione di ovociti soprannumerari da parte di donne che si sottopongono alla fecondazione assistita. Questa particolare forma di donazione, pur richiamata nelle Linee Guida Ministeriali del 2015, è già praticata in altri Paesi europei che l'hanno regolata prevedendo anche appropriati rimborsi per le donatrici, rimborsi che, senza trasformarsi in surrettizie forme di pagamento, tengono conto del notevole disagio arrecato da questa pratica.

In Italia, invece, non solo manca una specifica regolamentazione di questa pratica e prim'ancora una campagna di sensibilizzazione alla stessa, ma più ricorrentemente alla carenza di ovociti si ovvia mediante il reperimento di gameti da banche estere. La pratica non ha mancato di suscitare vivaci polemiche, specie in Emilia-Romagna. Questa Regione, per far fronte all'alto fabbisogno di gameti per la pratica della fecondazione eterologa, sul finire del 2016 ha pubblicato sulla Gazzetta ufficiale europea un bando di interesse per individuare banche specializzate nella fornitura di gameti, in particolare di ovociti. Al bando potevano partecipare banche italiane e straniere in possesso dei requisiti di sicurezza al trattamento delle cellule riproduttive previsti dalle normative europee e dell'idonea assicurazione per la copertura di danni eventualmente causati durante il servizio di fornitura dei gameti ai Centri di PMA. Sebbene il bando prevedesse esplicitamente che la fornitura dei gameti deve essere altruistica e volontaria, è stata previsto un rimborso alla banca fornitrice, tra i 2000 e i 2500 euro per ogni confezione di ovociti, per le spese dalla stessa sostenute per il trasporto e per lo svolgimento delle analisi e degli esami necessari. E a tal proposito non sono mancate aspre politiche per lo stanziamento di fondi a tal fine.

⁶⁹ Salvo l'istituzione del «Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive (v. *retro* nota 34), avvenuta nel 2014 e comunque ancora non completamente operativo, il quadro normativo in materia è stato integrato solo sul finire del 2016 e, precisamente, con:

- il d.lgs. 16 dicembre 2016, n. 256, che ha dato attuazione alla direttiva 2015/565/UE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative alla codifica di tessuti e cellule umani);

- il decreto del Ministro della salute 15 novembre 2016, che ha dato attuazione alla direttiva 2015/566/UE per quanto riguarda le procedure volte a verificare il rispetto delle norme di qualità e di sicurezza equivalenti dei tessuti e delle cellule importati;

- il decreto del Ministro della Giustizia e del Ministro della salute 28 dicembre 2016, n. 265 "Regolamento recante norme in materia di manifestazione della volontà di accedere alle tecniche di procreazione

quello dalla carenza di strutture pubbliche o convenzionate preposte all'erogazione della prestazione – problema che, anche se in misura minore, ha interessato e continua ad interessare anche la PMA omologa⁷⁰ –; ma anche laddove, all'indomani della pronuncia del giudice costituzionale, sul territorio nazionale vi fossero stati centri di PMA aventi i requisiti strutturali, organizzativi e tecnologici per praticare anche la fecondazione eterologa (previa autorizzazione), per le coppie ha rappresentato un ulteriore ostacolo la mancata chiarificazione di un altro aspetto cruciale della vicenda ovvero il regime dei costi dei trattamenti. A quest'ultimo riguardo, è indispensabile precisare, sin d'ora che, in conformità con quanto espressamente enunciato nell'art. 32, co. 1, Cost., la gratuità delle cure deve essere assicurata solo agli indigenti⁷¹ e, pertanto, nel valutare l'effettività del diritto, è indispensabile tenere distinto l'obbligo che incombe sulle istituzioni politiche di avviare processi organizzativi finalizzati ad assicurare l'erogazione della prestazione medico-sanitaria, anche se a pagamento, e l'irragionevole pretesa della gratuità della stessa per tutti. Come si avrà modo di precisare nel prosieguo della trattazione, la generalizzata erogazione a carico del SSN di troppe prestazioni a titolo gratuito rischia di compromettere la garanzia del nucleo essenziale del diritto

medicalmente assistita” che disciplina gli elementi minimi di conoscenza necessari alla formazione del consenso informato, in caso di richiesta di accesso alle tecniche di PMA; le modalità con cui le strutture autorizzate allo svolgimento di tali tecniche devono fornire ai richiedenti, per il tramite dei propri medici, le predette informazioni, comprensive di quelle relative ai costi economici derivanti dalle procedure in questione e le modalità con cui deve essere espressa la volontà di accedere alle tecniche di PMA.

È invece ancora *in itinere* lo schema di d.P.R. recante regolamento di attuazione della Direttiva 2012/39/UE per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche relative agli esami effettuati su tessuti e cellule umani (inclusa la regolamentazione della selezione del donatore di cellule riproduttive da donatore diverso da partner). Si segnala che il 26 febbraio 2015 la Commissione europea ha inviato all'Italia un parere motivato (procedura di infrazione 2014/0386) per mancato recepimento della direttiva 2012/39/UE36. Il termine previsto per il recepimento era il 17 giugno 2014.

⁷⁰ Come si evince dall'ultima Relazione sullo stato di attuazione della legge n. 40/04 (29 giugno 2017), nel 2015 i centri di PMA che hanno applicato tecniche di II livello con donazione di ovociti o seme sono complessivamente 69, di cui solo 8 sono centri pubblici (3 in Emilia-Romagna, 2 in Toscana, 1 a Bolzano; 1 in Veneto, 1 in Friuli), 7 sono centri privati convenzionati e 54 sono strutture private. La maggior parte dei cicli di PMA eterologa avviene dunque, inevitabilmente, in centri privati, diversamente da quanto accade per la PMA omologa rispetto alla quale il maggior numero di trattamenti è effettuato in centri pubblici e privati convenzionati, nonostante essi siano in numero inferiore rispetto ai centri privati.

Si veda anche l'Appendice alla Relazione che riporta la situazione, aggiornata al 31 gennaio 2017, delle iscrizioni dei centri di PMA al Registro Nazionale. In questa Appendice è raffigurata anche la distribuzione regionale dei centri di PMA dalla quale si desume che in 2 Regioni (Molise e Calabria) non esiste alcun centro pubblico o privato convenzionato. La maggior parte dei Centri di PMA si trovano in Lombardia, nel Lazio (dove però il 76% sono centri privati); in Campania (il 70,5 sono centri privati), in Veneto e Sicilia (dove la percentuale dei centri privati raggiunge l'89,2%).

⁷¹ M. LUCIANI, *Salute*, cit., 8-9. Come evidenziato dallo stesso A., sebbene gli interventi in Assemblea costituente muovessero da una «concezione “assoluta” dell'indigenza», e cioè dall'idea che dovesse qualificarsi come “indigente” chi si trova in una condizione di disagio economico, se non di povertà, dalla lettura sistematica dell'art. 32 con altre disposizioni costituzionali si desume una concezione “relativa” dell'indigenza, che va cioè parametrata non solo sulla capacità reddituale della persona malata, ma sulla effettiva possibilità per questa di sostenere le spese per una specifica prestazione sanitaria tenuto conto del diverso costo delle terapie, della gravità della patologia e dell'urgenza della prestazione. Così B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 26; A. GIORGIS, *Il (controverso) ruolo dei giudici ordinari nell'attuazione del diritto degli indigenti in materia di tutela della salute*, in R. Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Cedam, Padova, 2007, 156. Secondo B. CARAVITA DI TORITTO, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da V. Crisafulli e L. Paladin, Cedam, Padova, 1990, 221, l'ingente di cui all'art. 32 Cost. è il soggetto “medicalmente bisognoso” e non semplicemente il “povero”.

alla salute ovvero il riconoscimento di cure gratuite, riservate solo al medicalmente indigente, e l'organizzazione di un pubblico servizio sanitario completo e di qualità, aperto a tutti, anche se a pagamento.

Fatta questa rilevante precisazione, non si può trascurare che proprio la complessa definizione del regime economico delle prestazioni di fecondazione assistita ha giocato in questa vicenda un ruolo decisivo, condizionando significativamente l'effettività e l'equità nell'accesso alla PMA. È evidente infatti che solo avendo preventivamente ben chiaro il costo complessivo dei trattamenti⁷² – e quindi anche la quota di compartecipazione alle spese richiesta ai cittadini e il regime delle esenzioni – le coppie sterili, che per soddisfare il proprio desiderio di genitorialità devono ricorrere alle tecniche di PMA e per questo si rivolgono al SSN, possono maturare una decisione consapevole e responsabile in tal senso⁷³. Diversamente, come avveniva prima dell'approvazione della legge n. 40 del 2004, la praticabilità della PMA rimarrebbe appannaggio solo delle coppie che possono sopportarne gli ingenti costi presso strutture private situate sul territorio nazionale o oltre i confini statali. Le conseguenze discriminatorie che ne discenderebbero sono a tutti ben note ed esplicitamente richiamate anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014. In quella decisione, infatti, il giudice costituzionale non ha mancato di rilevare che dal divieto assoluto di praticabilità della PMA con donazione di gameti è scaturita non soltanto un'irragionevole disparità di trattamento basata sulle condizioni personali degli aspiranti genitori, ma anche una discriminazione sulla base della capacità economica della coppia, «che assurge *intollerabilmente* a requisito dell'esercizio di un *diritto fondamentale*, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per poter far ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi»⁷⁴.

Per quanto rileva ai nostri fini e prescindendo da ulteriori approfondimenti sul fenomeno del c.d. turismo procreativo⁷⁵, si deve evidenziare che, ad oggi, quando il ricorso a tale pratica è legato all'esigenza di rimediare ad un problema di salute riproduttiva, e non già

⁷² Al riguardo, va ricordato che la stessa legge n. 40/04, all'art. 6, comma 2, prevede che i centri privati siano tenuti a prospettare chiaramente alla coppia i costi economici dell'intera procedura.

⁷³ Per ulteriori approfondimenti sulla dimensione personalistica ed economica della prestazione si rinvia al par. 6.

⁷⁴ Punto 13 del Considerato in diritto.

⁷⁵ Il fenomeno del turismo procreativo, oltre a denotare di per sé un diffuso "rifiuto sociale" della legge italiana sulla PMA, rileva, dal punto di vista costituzionalistico, soprattutto per le sue conseguenze discriminatorie, dal momento che questa pratica finisce per essere riservata solo a chi ha i mezzi economici per intraprendere un "viaggio della speranza" alla ricerca dell'agognato figlio. Cfr. S. ΡΟΔΟΤÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 88. Però, l'argomento del turismo procreativo, con le sue intollerabili ricadute discriminatorie, pur avendo il non trascurabile pregio del realismo, rischia di provare troppo, di giustificare cioè comportamenti elusivi, di fuga, e di vietare sostanzialmente al legislatore nazionale di precludere ciò che altri Paesi consentono. Se fosse sufficiente invocare solo questa pratica per dimostrare l'illegittimità del divieto interno, si dovrebbe infatti ritenere affetta da incostituzionalità qualsiasi altra disposizione nazionale che imponga limitazioni più gravose di quelle poste in altri Stati e, con specifico riguardo alle tecniche di procreazione assistita, una simile constatazione dovrebbe indurre a ritenere di per sé illegittima anche la previsione di cui all'art. 12, co. 6, della legge n. 40/04 che sanziona la surrogazione di maternità, ovvero la realizzazione della PMA su donna differente da quella richiedente, disposta a portare avanti la gravidanza per poi cedere il figlio dopo il parto. Il tema è di stretta attualità e meriterebbe ben più approfondite riflessioni, per le quali si vedano almeno i contributi pubblicati nel fascicolo n. 2/2016 di *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*. Ampiamente e con considerazioni particolarmente persuasive riguardo al fenomeno del "turismo procreativo", C. FLAMIGNI, A. BORINI, *Fecondazione e(s)terologa*, L'asino d'oro, Roma, 2012.

all'obiettivo di aggirare un divieto posto dall'ordinamento nazionale, la questione della mobilità transfrontaliera per la praticabilità della PMA di tipo eterologo assume una diversa coloritura, rinviando alla spinosa questione del riconoscimento del diritto al rimborso delle spese mediche sostenute all'estero⁷⁶. Cionondimeno, a causa dell'accidentato e carente seguito normativo della sentenza n. 162/2014, il problema dell'equità nell'accesso alla fecondazione con donazione di gameti si pone oggi anche all'interno del territorio nazionale e, precisamente, per quelle coppie sterili che risiedono in Regioni dove non esistono strutture pubbliche o convenzionate abilitate ed autorizzate a praticare il trattamento⁷⁷ o nelle quali lo stesso è posto totalmente a carico dell'assistito.

A ben vedere, tanto la questione della carenza di strutture pubbliche in alcune Regioni italiane, quanto la mancata chiarificazione del regime economico dei trattamenti di PMA, rinviano a problematiche più generali relative al governo della salute tra Stato e Regioni e, in particolare, all'annosa questione della persistenza di divaricazioni e diseguaglianze nell'accesso alle prestazioni sanitarie, sicché, giustamente, si è ritenuto che il caso dell'eterologa rappresenti null'altro che «l'epifenomeno dello stato in cui versa il diritto alla salute in Italia»⁷⁸. Proprio per questo, è ora necessario risalire alle cause di questa situazione.

5. Alle origini del “federalismo procreativo” e sue ricadute giurisprudenziali

In attesa dell'attivazione delle istituzioni centrali e nella consapevolezza che l'immediata esigibilità del trattamento di fecondazione eterologa presupponesse la regolamentazione di più questioni, le Regioni e le Province autonome sono pervenute alla stipula di due accordi in sede di Conferenza Stato-Regioni, assumendosi la responsabilità di fornire principi e regole comuni in materia⁷⁹. Il primo documento, approvato il 4 settembre 2014, ha definito indirizzi operativi ed indicazioni cliniche da applicare, previo recepimento da parte di ciascuna Regione, nelle strutture pubbliche, in quelle accreditate, nonché in quelle private non accreditate, già autorizzate a praticare la PMA omologa. Nello specifico, l'Accordo ha fissato, sulla scorta della normativa europea e nazionale in materia di donazione di organi, tessuti e cellule, i criteri di selezione dei donatori e dei riceventi; gli esami infettivologici e genetici da effettuare; le indicazioni che i soggetti interessati dovranno seguire per l'esecuzione della metodica; le regole per garantire l'anonimato dei donatori e la tracciabilità delle donazioni, al fine di controllare il numero massimo di nati da parte di uno stesso donatore/donatrice e di assicurare l'accesso ai dati clinici di quest'ultimo per eventuali problemi me-

⁷⁶ Cfr. N. POSTERARO, *Assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia e rimborso delle spese sostenute*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2016, 489 ss.

⁷⁷ Si vedano i dati riportati nella nota n. 69.

⁷⁸ M. BERGO, *Il riconoscimento del diritto alla fecondazione eterologa e alla diagnosi preimpianto nel sistema italiano di “regionalismo sanitario”*, in *Giur. Cost.*, 2015, 1738.

⁷⁹ In tema, R. LUGARÀ, *Fecondazione eterologa: dal riconoscimento del diritto alla sua (in)effettività*, cit., 5 ss.; F. ANGELINI, *Dalla fine di un irragionevole divieto al caos di una irragionevole risposta*, cit., 70 ss.; L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa*, cit., 43 ss.

dici della prole. In quello stesso documento, è 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, sempre nelle more dell'attivazione dell'Autorità competente, la Conferenza ha 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. Sulla prima questione, si è suggerito di fissare identici criteri per l'accesso ad entrambi i trattamenti – precisamente di garantire la rimborsabilità degli stessi solo a donne di età non superiore ai 43 anni e per un numero massimo di cicli – e, riguardo al secondo, nel successivo documento del 29 settembre 2014, la Conferenza ha indicato una tariffa unica convenzionale per quantificare i costi degli stessi⁸⁰, venendo così incontro all'ulteriore necessità di regolare le compensazioni tra Regione e Regione legate alla mobilità interregionale.

Proprio in relazione al delicato e complesso profilo del regime economico dei trattamenti di PMA eterologa, i documenti approvati della Conferenza Stato-Regioni si sono rilevati solo parzialmente adeguati allo scopo⁸¹. Non solo, infatti, molte Regioni non hanno tempestivamente provveduto al loro recepimento, ma anche tra quelle che si sono subito o tardivamente attivate si possono rinvenire posizioni estremamente differenziate: si va da situazioni di esplicito diniego della copertura del costo della prestazione (Lombardia); alla fissazione di limiti più stringenti per l'accesso al servizio pubblico con costi a carico del SSN (Veneto); alla variabile individuazione dei criteri di determinazione dei ticket che le coppie sono tenute a pagare a titolo di parziale copertura dei costi delle prestazioni; fino a casi di Regioni che, pur avendo formalmente recepito i documenti della Conferenza, non hanno fornito ulteriori indicazioni sul regime economico dei trattamenti⁸².

Invero, si deve precisare che, prim'ancora della decisione della Consulta del 2014, anche l'accesso alla PMA omologa scontava grandi disparità di trattamento in base all'appartenenza territoriale delle coppie infertili e ciò va certamente imputato al mancato inserimento della PMA nei LEA – ovvero tra le prestazioni e i servizi «garantiti dal Servizio sa-

⁸⁰ Le tariffe proposte dalla Conferenza sono le seguenti: € 1.500 (compresi € 500 per i farmaci) per la fecondazione eterologa con seme da donatore con inseminazione intrauterina; € 3.500 (compresi € 500 per i farmaci) per la fecondazione eterologa con seme da donatore in vitro; € 4.000 (compresi € 500 per i farmaci) per la fecondazione eterologa con ovociti da donatrice.

⁸¹ Non si sta qui contestando la competenza regionale a disciplinare requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture pubbliche e private autorizzate a eseguire la PMA, come esplicitamente previsto nella l. n. 40/04; quello che si vuole invece evidenziare è che le direttive tecniche comuni sui trattamenti avrebbero dovuto trovare uniforme regolamentazione nelle Linee guida ministeriali ex art. 7 della legge. Anche sotto questo profilo, all'inerzia dell'amministrazione statale non si è potuto supplire attraverso l'attivazione della Conferenza Stato-Regioni, considerato che il mancato recepimento delle direttive tecniche comuni ivi fissate ha messo «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». Così R. LUGARÀ, *op. ult. cit.*, 11.

⁸² Per una panoramica completa, aggiornata al mese di febbraio 2015, v. R. LUGARÀ, *L'abbandono dei LEA alle Regioni: il caso della procreazione medicalmente assistita*, in *Osservatorio AIC*, 16 marzo 2015.

nitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa» (art. 1, d.lgs. n. 502/92). La questione, però, si è complicata non poco all'indomani della sentenza del Giudice delle leggi non solo per il protrarsi di molte polemiche sulla liceità del trattamento di fecondazione eterologa, ma anche in ragione della particolare congiuntura politico-economica in cui la stessa è stata pronunciata. È bene ricordare, infatti, che alle Regioni sottoposte a piani di rientro dai deficit sanitari è fatto divieto di erogare prestazioni non espressamente previste nei LEA (art. 1, co. 174, l. n. 311/2004), ma, a ben vedere, anche altre Regioni, non assoggettate a tale vincolo, hanno incontrato gravi difficoltà nel riconoscimento di livelli aggiuntivi di assistenza o persino nella garanzia degli stessi livelli essenziali⁸³. Così come è noto che il consistente ritardo nell'aggiornamento da parte dello Stato dei LEA, atteso dal 2001⁸⁴, è in larga parte e a sua volta riconducibile alle difficoltà di copertura dei costi delle prestazioni a fronte di risorse finanziarie sempre più limitate e di più stringenti vincoli di bilancio.

Alla luce di ciò è possibile comprendere le ragioni dell'inadeguatezza degli Accordi in materia di fecondazione eterologa, stipulati nella Conferenza Stato-Regioni; questi atti, pur muovendo da un importante sforzo di collaborazione e da un'ancor più apprezzabile assunzione di responsabilità nei confronti dei cittadini, non hanno impedito il diffondersi di una regolamentazione a macchia di leopardo, così come gli stessi non hanno potuto efficacemente rimediare all'inerzia del legislatore e dell'amministrazione statale, essendo questo il livello istituzionale cui la Costituzione affida il potere-dovere di fissare livelli uniformi ed essenziali di assistenza sanitaria validi sull'intero territorio nazionale. La protratta inerzia statale nell'aggiornamento dei LEA – solo recentemente superata⁸⁵ – ha messo a dura prova le Regioni così impossibilitate ad esercitare efficacemente ed efficientemente i propri compiti organizzativi e gestori dei rispettivi sistemi sanitari⁸⁶ e, com'è stato ben evidenziato, anche nel-

⁸³ Si vedano gli esiti dell'indagine condotta, con riferimento all'anno 2014, dal "Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei LEA", consultabile al sito www.salute.gov.it.

⁸⁴ E salvo i marginali aggiustamenti compiuti in questi anni sul d.P.C.M. 29 novembre 2001 ad opera dei successivi decreti del 16 aprile 2002; 28 novembre 2003; 5 marzo 2007.

⁸⁵ Con il 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", sono stati individuati i nuovi LEA. 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.

⁸⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 65 del 2016, ove si rileva che la mancata determinazione o aggiornamento dei LEP, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), arreca notevole disagio alle Regioni così private di «un significativo criterio di orientamento nell'individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile». In tal senso già precedentemente Corte cost., sent. n. 297 del 2012.

Sulle dinamiche Stato-Regioni derivanti dalla previa determinazione statale dei LEA, v. anche la sent. n. 141 del 2016 dove la Corte, pur ribadendo che la previa determinazione da parte dello Stato dei LEA, è certamente di estrema utilità per orientare le scelte di bilancio delle Regioni, non ritiene che la stessa possa assurgere a condizione necessaria per la legittimità di un intervento statale di «coordinamento della finanza pubblica» nella corrispondente materia.

In proposito va ricordato che in più occasioni, a fronte delle doglianze mosse dalle Regioni nei riguardi di misure statali di razionalizzazione e contenimento della spesa sanitaria, la Consulta abbia ricondotto le stesse alla competenza statale di determinazione dei principi fondamentali in materia di «coordinamento della finanza pubblica»; una competenza, questa, sulla cui estensione (o forse, dilatazione) e sulla cui forza centripeta la dot-

lo specifico caso della procreazione medicalmente assistita, le disfunzioni inerenti ai rapporti tra livelli di governo hanno pesantemente inciso sull'effettività del diritto alla salute riproduttiva⁸⁷.

Ne costituisce ulteriore riprova il perpetrarsi, in questo ambito, di un significativo contenzioso giudiziario. Il primo giudice a pronunciarsi, in ordine di tempo, su una serie di ricorsi, che hanno investito gli atti regionali di recepimento degli Accordi stipulati in Conferenza Stato-Regioni (o gli atti consequenziali), è stato il TAR Veneto. Con la sentenza 8 maggio 2015, n. 501, il giudice amministrativo ha annullato, per violazione del principio di eguaglianza, nonché dei diritti costituzionali alla genitorialità e salute, la delibera della Giunta veneta (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 non era la previsione di un diverso limite di età per l'accesso tecniche di fecondazione omologa o eterologa, in quanto ciò rientra nelle competenze del legislatore statale che, al riguardo, ha fissato il criterio della «età potenzialmente fertile» (art. 5, l. n. 40/04); la controversia concerneva, invece, specificamente il regime dei costi dei trattamenti. Al riguardo, il TAR ha ritenuto non giustificata la previsione di limiti di età diversi per l'accesso alle due tecniche, in quanto, come precisato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162/2014, la PMA di tipo omologo e quella di tipo eterologo, anche se non completamente assimilabili, rappresentano due *species* di un unico *genus*⁸⁸. Pur non disconoscendo 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. A pesare sull'esito della decisione – che assume come dato pacifico l'inserimento della PMA nei LEA⁸⁹ – vi è stata certamente la mancata allegazione, da parte della Regione, di argomenti utili a dimostrare le legittimità della differente regolamentazione delle condizioni di accesso ai due trattamenti. Invero, il richiamo ad argomenti giustificativi di natura medico-sanitaria non avrebbe comunque retto al controllo di ragionevolezza del giudi-

trina si è da tempo soffermata anche con osservazioni molto critiche. Sul nesso tra LEA e coordinamento della finanza pubblica, cfr. B. VIMERCATI, *L'aggiornamento dei LEA e il coordinamento della finanza pubblica nel regionalismo italiano: il doppio intreccio dei diritti sociali*, in *Le Regioni*, 2017, 133 ss.

⁸⁷ R. LUGARÀ, *Fecondazione eterologa*, cit., 8 ss.

⁸⁸ 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 dalla legge 40, dato che implica una vicenda che vede l'intervento esterno di un terzo nella formazione della famiglia: il donatore/donatrice di gameti. Anche il richiamo al d.l. 191/2007 non è risolutivo, trattando di materiale corporeo ben diverso dai gameti che hanno una portata genetica. I criteri per la donazione di questi ultimi sono piuttosto ricavabili dall'allegato III della Direttiva europea 17/2006, al punto 3, ma la direttiva ancora non è recepita nel nostro Paese, proprio perché riguardava una procedura non legittima».

⁸⁹ Diversamente, il TAR Lombardia e il Consiglio di Stato (rispettivamente sentt. nn. 2271/2015 e 3297/2016) hanno preso atto del mancato inserimento della PMA nei LEA e hanno ricondotto le prestazioni di fecondazione omologa ed eterologa al c.d. nucleo essenziale del diritto alla salute. V. *infra*.

ce amministrativo, giacché è indimostrato nella letteratura sanitaria l'esistenza di differenze tra le due tecniche quanto a complicità e pericoli per la salute della donna legati all'avanzamento dell'età. Probabilmente maggiore attenzione e più approfondite considerazioni avrebbe destato il riferimento da parte della Regione al differente "peso" economico delle due metodiche, aspetto che, invece, ha costituito lo snodo cruciale della controversia che ha interessato la Regione Lombardia.

Già in sede di Conferenza Stato-Regioni e, in particolare, nel corso dell'approvazione del documento del 29 settembre 2014, il Presidente di quella Regione aveva comunicato che, fino al formale inserimento delle prestazioni di PMA nel d.P.C.M. recante i LEA, in Lombardia la fecondazione con donazione di gameti sarebbe stata posta a totale carico dell'assistito, anche qualora resa da strutture di altre Regioni⁹⁰. A fonte di deliberazioni in tal senso della Giunta lombarda⁹¹, l'Associazione SOS Infertilità Onlus ha esperito ricorso dinanzi al giudice amministrativo.

La profonda rilevanza della controversia è emersa fin dalla fase cautelare del giudizio: il Consiglio di Stato, con l'ordinanza del 9 aprile 2015, n. 1486, ha riformato la decisione di primo grado del TAR Lombardia con la quale era stata negata la concessione della sospensiva sulla base dell'assunto dell'insussistenza di un danno grave e irreparabile in capo alle coppie interessate alla pratica sanitaria⁹². Diversamente, per i giudici di Palazzo Spada, il pregiudizio lamentato dai ricorrenti non assumeva solo carattere patrimoniale – che rappresenterebbe comunque un danno in sé risarcibile –, ma era dotato dei caratteri di gravità e irreparabilità, in quanto l'esecuzione dei provvedimenti impugnati avrebbe potuto determinare la perdita, da parte di coloro che non erano in grado di sostenere l'onere economico del trattamento di fecondazione eterologa, della possibilità di accedere a questa tecnica a causa superamento dell'età potenzialmente fertile durante il tempo occorrente per la definizione del giudizio⁹³.

Nel merito, il giudice di prime cure⁹⁴ ha parzialmente accolto il ricorso ed ha annullato le impugnate delibere regionali nella parte in cui esse hanno posto a carico integrale degli assistiti il costo delle prestazioni per la PMA di tipo eterologo, laddove, invece, per la PMA

⁹⁰ In senso analogo Assessorato alla Salute e Solidarietà sociale della Provincia autonoma di Trento, nota del 29.6.2015: «questa Provincia non assicura e non assicurerà le prestazioni di fecondazione eterologa ai propri assistiti nonché a quelli extraprovincia fino all'inserimento ufficiale nei L.E.A. e conseguentemente l'eventuale erogazione a propri residenti in centri di altre regioni dovrà essere posta a carico diretto dell'assistito».

⁹¹ Deliberazioni della Giunta della Regione Lombardia del 19 settembre 2014, n. X/2344 e del 7 novembre 2014, n. X/2611, con le quali si è autorizzato la praticabilità della PMA eterologa negli stessi centri già autorizzati a praticare l'omologa; è stato sospeso il rilascio di nuove autorizzazioni; sono state definite le relative tariffe poste totalmente a carico degli assistiti.

⁹² «(...) 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». Così TAR Lombardia, ord. caut. n. 1718 del 2014.

⁹³ Siffatta valutazione della ricorrenza del *periculum in mora* ai fini della concessione della misura cautelare è certamente condivisibile. È noto però come, in altri giudizi in materia di PMA, la particolare incidenza del pregiudizio derivante dal decorso del tempo abbia indotto alcuni giudici a compiere forzature procedurali tutt'altro che giustificabili. V. almeno Tribunale di Salerno, ord. 9-13 gennaio 2010.

⁹⁴ TAR per la Lombardia, Sede di Milano, Sez. III, sentenza n. 2271/2015.

omologa, la Regione aveva previsto il solo pagamento di un ticket⁹⁵. Più precisamente, il giudice amministrativo lombardo, come quello veneto, ha ritenuto che, quanto alle ripercussioni sul diritto alla salute, non sono dirimenti le differenze tra le tecniche di PMA omologa e eterologa. Per quanto concerne invece la mancata inclusione della PMA nei LEA, il TAR Lombardia ha rilevato che se l'inserimento di una specifica prestazione nei LEA definiti dall'amministrazione statale rende doverosa la sua erogazione da parte della Regione, il mancato inserimento non può avere l'effetto opposto, essendo necessario verificare in concreto la riconducibilità di quella prestazione al c.d. nucleo essenziale del diritto alla salute. Atteso, dunque, che secondo il giudice amministrativo anche la prestazione di PMA eterologa può essere in ciò ricompresa, l'amministrazione regionale non avrebbe potuto invocare la carenza di risorse fino al punto di determinare il completo sacrificio dei diritti delle coppie assolutamente sterili, «considerato che il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, qual è quello alla salute, cui la predetta prestazione va ricondotta, non può giammai essere posto in discussione, pur in presenza di situazioni congiunturali particolarmente negative (c.d. diritti finanziariamente condizionati: cfr., tra le altre, Corte costituzionale, sentenze n. 248 del 2011 e n. 432 del 2005)».

Tale affermazione, di per sé non controvertibile, per quanto problematica, denota tuttavia una contraddizione nel punto in cui il TAR ha richiamato – seppur tra parentesi – la categoria dei diritti finanziariamente condizionati per poi discostarsi, nella sostanza, da essa. Ciò è stato prontamente evidenziato in appello dalla Regione Lombardia, la quale ha altresì rivendicato che la scelta di garantire prestazioni aggiuntive rispetto ai LEA statali rientra nell'insindacabile discrezionalità dell'amministrazione regionale. In particolare, la Regione ha specificato che la decisione di porre a carico del proprio bilancio la sola PMA omologa e non quella eterologa è dipesa dal diverso contesto storico-economico in cui sono state assunti i relativi provvedimenti: se nel 2004 la Regione Lombardia aveva ritenuto economicamente sostenibile l'erogazione della PMA omologa con costi prevalentemente a carico del bilancio regionale, una decisione in tal senso non è stata ritenuta praticabile nel 2014 in un periodo cioè «segnato dalla restrizione continua delle risorse per il SSN che mette in discussione, o comunque rende problematica, la stessa erogazione dei LEA»⁹⁶.

Con la sentenza del 21 luglio 2016, n. 3297, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello della Regione Lombardia e confermato la decisione di primo grado. Ancora una volta, come sinteticamente riferito anche nell'ordinanza cautelare, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che le tecniche di fecondazione assistita (omologa od eterologa) rientrano propriamente nel concetto di «cura» e sono entrambe oggetto di «prestazioni mediche». Alla luce di questa fondamentale premessa, il giudizio si è incentrato prevalentemente sul controllo del potere conformativo spettante alla Pubblica amministrazione nell'organizzazione di un servizio pub-

⁹⁵ Il TAR ha rigettato la censura relativa alla sospensione delle procedure per il rilascio di nuove autorizzazioni ed accreditamenti ai centri che intendono applicare le tecniche di PMA. Il giudice ha ritenuto ragionevole ed appropriata tale decisione attesa la necessità, avvertita dalla Regione, di adeguare gli standard operativi e le tecniche di effettuazione della PMA alle più moderne tecnologie e di adattare le procedure alla 'nuova' tecnica di PMA con donazione di gameti.

⁹⁶ Punto 10 dell'appello.

blico essenziale, quale quello sanitario⁹⁷. Il Consiglio non ha contestato che spetti all'Amministrazione sanitaria regionale definire, sotto il profilo organizzatorio, le condizioni e le modalità procedurali di erogazione della prestazione sanitaria di PMA eterologa. I poteri che al riguardo sono stati demandati alle Regioni dal d. lgs. n. 502 del 1992, evidentemente conformano il concreto esercizio del diritto alla salute, che è sì un diritto fondamentale, ma comunque un diritto «non assoluto» in quanto esso «incontra limiti sia esterni, posti dall'esistenza di diritti costituzionali di pari rango, che interni, posti appunto dall'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale»⁹⁸. Ed è innegabile – sempre secondo il supremo giudice amministrativo – che, nell'assolvere tale doveroso compito, l'Amministrazione sia tenuta a confrontarsi con le risorse disponibili⁹⁹, essendo quello finanziario il limite più gravoso che incontra anche il legislatore nel disciplinare il diritto alla salute. Come però correttamente rilevato dal giudice di primo grado, anche in presenza di risorse limitate, l'Amministrazione non può venire meno al dovere di garantire il nucleo irriducibile e indefettibile del diritto alla salute.

Preso atto che, pur se non inserita nei LEA, alcune Regioni non soggette ai piani di rientro, tra cui la Lombardia, hanno deciso di erogare la prestazione di fecondazione omologa, assumendosene l'onere economico, 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 – 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 abbienti¹⁰⁰.

⁹⁷ Su cui ampiamente C. TUBERTINI, *Pubblica Amministrazione e livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bononia University Press, Bologna, 2008.

⁹⁸ Punto 13.5.

⁹⁹ Al riguardo è pertinente il richiamo a Corte costituzionale, sent. n. 248/2011, invece contraddittoriamente operato dal giudice di primo grado.

¹⁰⁰ Cfr. Cons. Stato, sent. 3297/2016: «le scelte dell'Amministrazione, soprattutto se comprimono o riducono la sfera delle situazioni riconducibili al novero dei diritti fondamentali, devono fondarsi su un criterio discrezionale razionale» in quanto sia quando si decide di finanziare una prestazione, sia quando si riconoscono provvidenze a favore di alcune categorie di pazienti, con l'esclusione di altri, si determina pur sempre una selezione (a favore di alcuni, a danno di altri) che l'amministrazione, conformemente ai principi di imparzialità e buon andamento e al fondamentale principio di eguaglianza, deve fondare su criteri non discriminatori. Non basta il mero richiamo alle sole esigenze finanziarie; l'amministrazione «deve esplicitare il perché, a fronte di risorse finanziarie scarse, taluni soggetti si troverebbero ad essere "preferiti" rispetto ad altri o talune prestazioni sanitarie siano considerate erogabili ed altre no, pena l'arbitrarietà di una diversa decisione, con conseguente incidenza su diritti costituzionali, parimenti meritevoli di tutela, e fondata unicamente sulla "ragion fiscale"».

La decisione del Consiglio di Stato è esplicitamente richiamata nell'ordinanza 16 febbraio 2017 del Tribunale di Trento, Sezione Lavoro, cit., con la quale il giudice ha accolto il ricorso di una coppia assolutamente sterile, per la quale ai fini della procreazione si rendeva necessaria la donazione di gameti, ordinando «all'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento di erogare, in via diretta o indi-

Tale decisione – che conferma, tra l'altro, il pieno contributo della giurisdizione amministrativa, assieme a quella ordinaria e costituzionale, nella tutela del diritto alla salute¹⁰¹ –, si lascia apprezzare per il suo approccio concreto. In essa viene meno quel tono talvolta troppo ridondante e retorico con le quali sono contrassegnate alcune affermazioni giurisprudenziali del diritto alla salute¹⁰²; manca cioè quell'iniziale celebrazione del carattere incondizionato, assoluto ed irrefrangibile del diritto alla salute, che, non solo si rivela teoricamente poco solida, dovendo pur sempre quel diritto costituzionale essere bilanciato con interessi di pari rango, ma è ben presto destinata a scontrarsi con la realtà, quella in cui si materializzano tutte le difficoltà di portare a pieno compimento la garanzia del diritto costituzionale alla salute. Si pensi alle lunghe liste d'attesa, alla carenza di personale o di dotazioni strumentali e gli esempi al riguardo potrebbero moltiplicarsi.

Senza evitare di affrontare il nodo dei «diritti finanziariamente condizionati», il Consiglio di Stato si è pronunciato per l'irragionevolezza del provvedimento regionale lombardo rilevando, in particolare, la sua manifesta contraddittorietà: l'aver escluso qualsiasi copertura per le spese affrontate da quelle coppie infertili per le quali l'unico trattamento appropriato è la fecondazione eterologa, laddove, invece, per altre coppie infertili, la Regione ha inteso garantire che il trattamento di fecondazione omologa fosse finanziato prevalentemente da denaro pubblico, tradisce un evidente intento discriminatorio.

Meno inoppugnabile e certamente più problematica è la riconduzione dei trattamenti di PMA omologa ed eterologa al nucleo essenziale del diritto alla salute. Come diffusamente evidenziato in dottrina¹⁰³, la nozione di essenzialità sconta una forte indeterminatezza e se la sua traduzione in concreto – l'operazione di definire ciò che è essenziale e ciò che non lo è – evidentemente è connotata da un elevato tasso di discrezionalità¹⁰⁴, quando essa è compiuta dal giudice, in assenza di qualunque riferimento normativo, sorgono anche problemi di uniformità e certezza del diritto, che si sommano a quello che può ritenersi un limite intrinseco della tutela giurisdizionale dei diritti sociali: le pronunce dei giudici, anche quelle contrassegnate da un forte effetto conformativo, possono ripristinare l'uguaglianza nei rapporti giuri-

retta, a favore dei ricorrenti, le prestazioni terapeutiche di riproduzione medicalmente assistita di tipo eterologo alle medesime condizioni economico-amministrative previste per le prestazioni terapeutiche di riproduzione medicalmente assistita di tipo omologo».

¹⁰¹ Per una sintetica analisi della giurisprudenza amministrativa più recente v. M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela del diritto alla salute e l'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 17 ss.; H. SIMONETTI, *Brevi note sulla tutela della salute nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰² Cfr. R. FERRARA, *op. cit.*, 32.

¹⁰³ A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 122; D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, 4/2013, 5 ss. Si veda poi l'ampio studio di D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹⁰⁴ Se non addirittura di arbitrarietà, come rilevato da A. GIORGIS, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali all'uguaglianza distributiva*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, 121.

dici, ma da sole non bastano a perseguire quella finalità redistributiva che caratterizza propriamente i diritti sociali¹⁰⁵.

Ad ogni modo, la doverosità dell'erogazione da parte delle Regioni delle prestazioni di fecondazione assistita omologa e eterologa può ritenersi oggi questione superata, attesa la recente esplicita inclusione delle stesse nei LEA di cui al d.P.C.M. del 12 gennaio 2017. Anche se ciò non scioglie del tutto i dubbi sulla loro riconducibilità al c.d. nucleo essenziale del diritto alla salute¹⁰⁶, quanto meno è da apprezzarsi l'assunzione di una decisione da parte delle istituzioni politiche, che troppo spesso lamentano un'eccessiva ingerenza del "giudiziaro" in ambiti connotati da discrezionalità politica.

6. Problemi nuovi, vecchie questioni: crescente domanda di salute, reperimento ed allocazione delle risorse economiche, determinazione delle priorità costituzionali

Mettendo da parte le difficoltà di ordine concettuale legate alla nozione di essenzialità, sia con riferimento al contenuto essenziale del diritto alla salute, sia in relazione ai LEA, resta da sciogliere il nodo, tutt'altro che solo teorico, della copertura finanziaria dei nuovi LEA¹⁰⁷. In questo senso, il tema della PMA intercetta questioni molto ricorrenti nel dibattito

¹⁰⁵ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, II, Laterza, Roma-Bari, 2007, 398 ss.

¹⁰⁶ Secondo gran parte della dottrina, il contenuto essenziale (o anche detto, irriducibile, irrinunciabile) del diritto alla salute e i livelli essenziali di assistenza sanitaria rinviano a concetti teoricamente distinti; anche se nella pratica essi possono coincidere, ciò non smentisce l'assunto di partenza della loro distinzione concettuale. Più precisamente, si ritiene che la logica secondo la quale si collocano tali concetti sia quella dei cerchi concentrici ovvero una logica incrementale, in base alla quale il cerchio più piccolo traccia il confine del contenuto essenziale del diritto. Non v'è dubbio quindi che i LEA debbono recare al loro interno le prestazioni riconducibili al nucleo essenziale del diritto alla salute, ma possono aggiungervene anche altre, le quali, secondo una valutazione discrezionale, sono egualmente definite come essenziali. Come evidenziato da A. D'ALOIA, *Diritti e Stato autonomistico*, cit., 129, il LEP e il contenuto essenziale del diritto sono «stadi progressivi di una costruzione sostanzialmente unitaria», ove il primo rappresenta normalmente una proiezione in avanti del secondo. In tal senso v. anche E. BALBONI, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Le Regioni*, 2003, 1182 ss.; C. PANZERA, *Mediazione politica e immediatezza giuridica dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2013, 1011 ss.

Ebbene, ciò premesso, l'esplicito inserimento della PMA nei LEA non può ritenersi una "conferma normativa" della loro afferenza al nucleo essenziale del diritto alla salute, ben potendosi sostenere, sulla base di quanto prima precisato, che si tratta di una prestazione incrementale rispetto a quelle ricomprese nel nucleo irriducibile del diritto alla salute. La precisazione non ha ovviamente rilievo solo teorico, in quanto la questione che si pone al riguardo è praticamente quella del condizionamento derivante dalle risorse finanziarie disponibili, atteso che solo in relazione al c.d. nucleo essenziale del diritto alla salute la giurisprudenza e la dottrina si sono più volte pronunciate sulla loro irretrattabilità, rappresentando esso il limite (interno) a qualsiasi operazione di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale. Sulla possibile configurazione di due distinti livelli di intensità di protezione dei diritti sociali a prestazioni, v. più di recente F. SAITTO, *"Costituzione finanziaria" ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore»*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 33 ss.

¹⁰⁷ Così M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza*, cit., 14 ss. la quale rivela altresì alcune incongruenze nelle stime dei costi delle nuove prestazioni, nei risparmi che dovrebbero derivare dal nuovo regime, nonché complessivamente nel calcolo delle somme stanziare per finanziare i LEA.

Il tema è stato di recente affrontato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 192 del 2017 che ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale di diverse disposizioni della Legge di stabilità del 2016 prospettate dalla Regione Veneto. Riguardo alla censura regionale relativa alle modalità procedurali di determinazione dei LEA e, specificamente, alla violazione del principio di leale collaborazione, la Corte ha puntualizzato che «tale principio non si impone nel procedimento mediante il quale il Parlamento, attraverso le due Camere, approva le leggi (fra le molte, sentenze n. 280, n. 251 e [n. 65 del 2016](#), [n. 63 del 2013](#), [n. 79 del 2011](#))».

sull'effettività dei diritti a prestazione, dibattito certamente non nuovo ma reso, in tempi più recenti, ancor più serrato a seguito della grave crisi economico-finanziaria che ha acuito le difficoltà di un sistema di Welfare, già da anni in profonda sofferenza¹⁰⁸, ora tenuto a subire i condizionamenti dettati da sempre più stringenti vincoli di bilancio e dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica, poste dalle misure con cui si è inteso fronteggiare la crisi. Ci si riferisce da ultimo all'introduzione in Costituzione del pareggio di bilancio, operato con la l. cost. n. 1 del 2012¹⁰⁹, ma, più a monte, il problema risiede del controverso rapporto tra diritti e risorse disponibili, che certo non si è posto solo a seguito della riforma costituzionale.

Quanto, invece, alla fissazione da parte della legge dello Stato di un limite finanziario massimo globale pari a 800 milioni di euro, a valere sulla quota indistinta del fabbisogno sanitario standard nazionale, per l'aggiornamento dei LEA, la Corte ha anzitutto precisato che tale parametro non esaurisce la dialettica Stato-Regioni pure sui profili economico-finanziari dei LEA. Anche la censura di incongruità di questo valore mossa dalla Regione Veneto è stata respinta dalla Corte in quanto la Regione ricorrente non ha provato l'oggettiva impossibilità di esercitare le proprie funzioni in materia. Giova ricordare al riguardo che la Regione Veneto per dimostrare l'inadeguatezza della cifra stanziata per i LEA denunciava proprio la sottostima dei costi per la fecondazione eterologa.

Anche l'art. 1, co. 568, della legge di stabilità che fissa in 111 miliardi di euro per l'anno 2016 il concorso dello Stato al fabbisogno sanitario nazionale standard, è stato oggetto di censure respinte dalla Corte. I giudici costituzionali hanno al riguardo osservato che sebbene la misura di tale concorso prevista in precedenti atti normativi e convenzionali (v. Patto per la salute 2014-2016) fosse più elevata di quella poi fissata nella legge di stabilità 2016, «ciò non comporta di per sé un vizio di legittimità costituzionale. Nessun accordo può condizionare l'esercizio della funzione legislativa (fra le molte, [sentenze n. 205 del 2016](#), [n. 79 del 2011](#) e [n. 437 del 2001](#)), né, come già osservato, il principio di leale collaborazione si impone nel procedimento legislativo parlamentare. È ben vero che, in base al già citato art. 26, comma 1, del d.lgs. n. 68 del 2011, il fabbisogno sanitario nazionale standard è determinato «tramite intesa», ma questo principio legislativo non vincola in modo assoluto e inderogabile le leggi successivamente approvate dalle due Camere».

Viceversa sono stata ritenute fondate le censure rivolte ad altre disposizioni della legge e specificamente quelle che non prevedevano la previa intesa acquisita nella Conferenza Stato-Regioni e predeterminavano l'organo regionale (Giunta) deputato ad adempiere ad alcuni obblighi.

Sul rigetto di censure di incostituzionalità mosse dalle Regioni nei riguardi di interventi del legislatore statale volti a ridurre il livello di finanziamento del SSN, fermo restando l'obbligo delle Regioni di garantire i LEA, cfr. anche Corte cost. sent. n. 169/2017, con la quale però il giudice delle leggi ha nuovamente rivolto al legislatore il monito di rispettare la transitorietà delle misure di contenimento della spesa – implicitamente così avvertendolo della impossibilità di continuare a ricorrere all'*escamotage* dell'estensione dell'ambito temporale di precedenti manovre (v. anche sent. n. 141 del 2016) –, nonché l'invito a corredare le iniziative legislative incidenti sull'erogazione delle prestazioni sociali di rango primario con un'apposita istruttoria finanziaria.

¹⁰⁸ Sulla crisi del *Welfare State*, si veda almeno C. COLAPIETRO, *Alla ricerca di un Welfare state "sostenibile": il Welfare "generativo"*, in *Diritto e Società*, 2014, 19 ss., il quale ripercorre le principali tappe dello sviluppo dello Stato sociale italiano e individua le preminenti ragioni che ne hanno determinato la crisi, tra cui, in particolare, le improprie modalità di attuazione di questa forma di Stato così degenerata in un modello assistenziale. Oltre a delineare le anomalie del "*Welfare all'italiana*", le sue distorsioni funzionali e distributive, l'A. si sofferma sulla *Proposta di un Welfare generativo*, avanzata nel Rapporto 2012 sulla lotta alla povertà realizzato dalla Fondazione Emanuela Zancan.

Sulle proposte di riforme del *Welfare State* si veda, più di recente, il vivace dibattito sollecitato dalle proposte di riforma dell'Istituto Bruno Leoni, su cui si cfr. almeno l'editoriale di A. PANEBIANCO, *La Carta costituzionale e le difficili riforme italiane*, in *Corriere della Sera*, 21 luglio 2017 e V. ONIDA, *La Costituzione garantisce i diritti sociali dei cittadini*, in *Corriere della Sera*, 22 luglio 2017.

¹⁰⁹ Come prontamente rilevato in dottrina, sebbene la legge cost. n. 1/2012 rechi nel titolo l'indicazione del pareggio di bilancio, nell'articolato essa fa riferimento all'equilibrio tra entrate e spese. Nel novellato testo costituzionale si prevedono i casi in cui è consentito ricorrere al credito come eccezione rispetto ad una regola generale di divieto; né è contemplato un obbligo di pareggio contabile. Giova altresì ricordare che ai sensi dell'art. 5, co. 1, lett g) della l. cost. n. 1/2002 e dell'art. 11, l. n. 243/12 (come modificata dalla l. n. 164/2016) sullo Stato incombe il dovere di stabilire le modalità del proprio concorso, nelle fasi avverse del ciclo economico o al verifi-

Senza alcuna pretesa di affrontare esaustivamente in questa limitata sede un problema di così ampia portata e di estrema complessità, ci si limita a ricordare che già sul finire degli anni '80, a fronte di un'incontrollata espansione della spesa pubblica, anche sanitaria, il principio dell'equilibrio di bilancio ha assunto un rilievo sempre crescente, sia nel dibattito politico-istituzionale, sia nella giurisprudenza costituzionale¹¹⁰. Già in quegli anni e in quelli immediatamente successivi, una parte della dottrina¹¹¹ aveva avvertito i rischi legati al consolidamento di una concezione totalizzante dell'equilibrio finanziario, capace di ridurre l'effettività dei diritti a prestazione ad una sorta di mero simulacro, un guscio vuoto privato del suo contenuto qualificante. Simili rilievi critici hanno investito soprattutto la nota sentenza n. 455/90, nella quale la Corte costituzionale aveva rilevato che il diritto a ottenere trattamenti sanitari «al pari di ogni diritto e prestazione (...) è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento». Non manca chi ha visto in quel passaggio della decisione una vera e propria trasfigurazione nella qualificazione dei diritti sociali: da diritti condizionati, nel senso di bisognosi della necessaria *interpositio legislatoris* ai fini della loro attuazione, a diritti finanziariamente condizionati, dove l'avverbio finanziariamente ha finito per costituire la parola centrale e caratterizzante dell'intera locuzione¹¹², tale per cui il diritto a ottenere una prestazione degraderebbe a mera aspettativa condizionata dalle disponibilità di bilancio dello Stato¹¹³. Sebbene in successive decisioni la Corte abbia avuto cura di precisare che il limite delle risorse disponibili non può

carsi di eventi eccezionali, al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali, anche con modalità diverse e aggiuntive rispetto a quelle di cui all'art. 119, quinto comma, Cost.

Come noto, le letture fornite dalla dottrina della riforma costituzionale del 2012 sono state anche parecchio distanti; v., per tutti, L. ANTONINI, *I vincoli costituzionali al pareggio di bilancio tra (indebiti) condizionamenti delle dottrine economiche e (possibili) prospettive*, in Id. (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, il Mulino, Bologna, 2016, 26 ss.

¹¹⁰ Cfr., *ex multis*, M. BENVENUTI, *op. cit.*, 270 ss.

¹¹¹ C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Padova, 1996, 88; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000, 95 ss.; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, cit., 179 ss.

¹¹² Così M. BENVENUTI, *op. cit.*, 271.

¹¹³ In tal senso si veda anche la più recente sentenza della Corte costituzionale n. 248 del 2011, che è infatti la decisione richiamata nella giurisprudenza amministrativa sulla PMA eterologa.

Secondo C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4/2013, 10, la sentenza n. 248/2011 va oltre il *leading case* del 1990, nonostante l'apparente continuità. Nella decisione del 2011 la Corte «afferma che è nella fisiologia del sistema che il limite *materiale* delle risorse si imponga *ex se* sul legislatore, e che dunque sia *normale* per quest'ultimo circoscrivere la tutela del diritto fondamentale al suo *nucleo essenziale*: nel caso di specie, la norma scrutinata viene perciò assolta, in quanto recante l'indicazione di volumi e limiti di spesa, indicazione che si presenta come il frutto "di una scelta discrezionale di politica sanitaria e di contenimento della spesa, che tenuto conto della ristrettezza delle risorse finanziarie dirette a soddisfare le esigenze del settore, non risulta viziata da intrinseca irragionevolezza. Non ricorre, dunque, quella evenienza che, sola, può giustificare l'intervento sulla norma da parte di questa Corte, in applicazione del parametro di cui all'art. 3 della Costituzione" (c.vo aggiunto)».

far venir meno il dovere di salvaguardare il c.d. nucleo irriducibile del diritto alla salute¹¹⁴, si tratta pur sempre di interventi episodici del Giudice delle leggi, che, oltre a lasciare irrisolta la qualificazione dell'essenzialità, non consentono di definire quali misure debbano essere assunte per assicurare il soddisfacimento del contenuto essenziale del diritto.

Come si è avuto modo di appurare diffusamente, il problematico scenario dischiuso dalla sentenza n. 162 del 2014, pur nella sua estrema complessità, presenta un nodo di fondo, difficilmente evitabile: quello della sostenibilità economica del diritto ad ottenere la prestazione medico-sanitaria di PMA. È infatti incontrovertibile che tale diritto si sostanzia (anche se non si risolve totalmente) in una prestazione materiale che, se erogata dal servizio pubblico sanitario, pesa sull'intera collettività. Come tutti i diritti, non solo quelli a prestazione¹¹⁵, anche l'accesso alla PMA ha dei costi, anzi, nel caso di specie ha ingenti costi proprio perché essi sono posti a carico dell'utente del servizio pubblico solo in parte (o per nulla nel caso degli indigenti). Ma è sufficiente il riconoscimento di questa "banale verità" – il costo del diritto – per condizionare la sua erogazione alla disponibilità di risorse pubbliche? Detto in altre parole, è davvero il costo economico della prestazione a farla ritenere non sostenibile?

L'impressione di chi scrive è che non sia questa la ragione di fondo sottesa al divieto di donazione di gameti a fini procreativi, di cui al testo originario della legge n. 40/04, né tantomeno, dopo la sentenza della Corte costituzionale del 2014, sia questo il motivo principale per il quale si è ritenuto che la praticabilità della PMA e, in particolare, (non solo) quella eterologa, nell'ambito del servizio pubblico sanitario fosse subordinata alla riserva del possibile.

Se così fosse, infatti, "basterebbe"¹¹⁶ ripercorrere nuovamente la giurisprudenza più volte evocata in questo scritto, sul legame tra accesso alla PMA e tutela del diritto costituzionale alla salute, per compiere da lì un ulteriore passo, sostenendo che, pur laddove non si disponga di risorse organizzative e finanziarie per far fronte alla prestazione, si dovrebbe *in ogni caso* salvaguardare il nucleo irriducibile del diritto alla salute e che sia compito del legislatore impedire che vi siano situazioni prive di tutela¹¹⁷. Si perverrebbe, per questa via, a destituire di fondamento la subordinazione della garanzia del diritto alla disponibilità di risorse finanziarie, spostando il *focus* dell'attenzione sulla determinazione dei mezzi attraverso i quali si sostanzia il dovere della Repubblica di tutelare la salute. In quest'ottica, pur non potendo ovviamente disconoscere l'onerosità della dimensione economica della prestazione sanitaria¹¹⁸, è necessario concentrarsi sul rapporto tra diritti costituzionali e risorse funzionali

¹¹⁴ *Ex plurimis*, sent. n. 304/94 e, più recentemente, sent. n. 203 del 2016.

¹¹⁵ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Cedam, Padova, 1995, 121 ss.; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, 15 ss. e il saggio, che ha avuto grande fortuna in Italia, di S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, il Mulino, Bologna, 2000 (trad. it. *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999).

¹¹⁶ Si è comunque pienamente consapevoli della complessità del tema e dell'opinabilità delle argomentazioni qui addotte, ricavate prevalentemente da un filone giurisprudenziale, invero non privo di oscillazioni.

¹¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 509/2009.

¹¹⁸ Come precisato anche nel par. 4, la connessione tra diritti sociali, risorse organizzative e finanziarie e senz'altro incontestabile, ma se non si presta la giusta attenzione al rapporto tra diritti e risorse si incorre nel ricorrente equivoco di ritenere i diritti sociali una variabile dipendente delle condizioni del mercato e delle risorse disponibili, quasi a voler ritenere questi dei dati immutabili e non costruzioni giuridiche frutto di scelte politiche. Sul mercato inteso come *locus artificialis*, fatto con l'arte del diritto, e non come *locus naturalis*, cfr. N. IR-

al loro soddisfacimento, onde evitare di costruire siffatta relazione in termini di insanabile conflitto, anziché di equilibrata composizione. La consapevolezza dell'inscindibile legame tra diritti e risorse non può infatti condurre ad alterare il *proprium* di quella relazione, inducendo a sostenere che sono le prestazioni concernenti i diritti costituzionali a dover essere dimensionate sulle risorse disponibili e non già queste ultime a dover essere reperite nella misura necessaria a garantire i primi¹¹⁹. Il che non significa – per rimanere al tema specifico qui trattato – illudersi di reperire risorse per rispondere a qualsiasi domanda di salute, a cui far fronte alle medesime condizioni, oppure sorvolare sulla limitatezza delle risorse in un determinato frangente storico¹²⁰, ma prendere coscienza della necessità di operare un'attenta selezio-

TI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 13 ss. Sulla "cattura costituzionale dell'economico", quale tratto caratterizzante delle Costituzioni democratiche del II dopoguerra, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 161.

¹¹⁹ Non potendosi mettere sullo stesso piano, assumendoli come interessi contrapposti, il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali) e il mezzo (le risorse finanziarie). Così M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 126-7; ma riferimento già in ID., *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet, Torino 1990, V, 378, e più recentemente ID., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* 3/2016, 13; R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 110; con specifico riguardo al diritto alla tutela della salute, M. SICLARI, *Le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute e di diritto all'assistenza in Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, a cura di Balduzzi-Di Gaspare, Giuffrè, Milano, 2002, 115 ss.

Ulteriori approfondimenti al riguardo in M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, cit., 243, il quale non manca di richiamare pronunciamenti della Corte costituzionale di ben altra portata rispetto a quanto sopra enunciato in merito al rapporto tra diritti e risorse; in particolare si veda la sentenza n. 356 del 1992, ancora recentemente richiamata nella sentenza n. 203 del 2016, dove si sostiene che è «la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute».

Ben diverso il rapporto tra diritti e bilancio tratteggiato nella successiva sentenza n. 275 del 2016, ove si sostiene che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Ma, ancora, nella più vicina sentenza n. 192 del 2017, il giudice costituzionale pur confermando che «la garanzia di servizi effettivi, che corrispondono a diritti costituzionali, richiede certezza delle disponibilità finanziarie, nel quadro dei compositi rapporti tra gli enti coinvolti» ha nuovamente rappresentato che «la tutela del diritto alla salute non può non subire i condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nel distribuire le risorse finanziarie disponibili (da ultimo, sentenza n. 203 del 2016), senza però che possa essere compromessa la garanzia del suo nucleo essenziale».

Il diverso modo di intendere il senso del condizionamento finanziario sul diritto alla salute ha riscontri anche nell'evoluzione della legislazione ordinaria in materia e, in particolare, nel passaggio dal d. lgs 502/92 al d. lgs 229/99. Cfr. R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, cit., 5397-8; E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 33 ss.

¹²⁰ Sostenere che il soddisfacimento del diritto sociale alla salute dipenda dalle risorse disponibili – e non l'entità di queste ultime debba essere determinata in relazione alla necessaria garanzia del primo – equivale, tra l'altro, ad una accettazione passiva dello *status quo*, con conseguente disimpegno delle istituzioni politiche nell'assolvimento del loro doveroso compito di trasformazione dell'esistente. Ciò vale non di meno anche nelle situazioni di crisi economico-finanziaria, in presenza delle quali il legislatore, sebbene possa essere indotto ad adottare restrizioni ragionevoli, e perciò temporanee, nel godimento dei diritti, non può per questo assumere un atteggiamento passivo e attendista, indugiando dall'intervenire per superare le contingenti difficoltà di ordine economico e sociale anche mediante misure espansive e non restrittive, senza restare in attesa che le fasi avverse del ciclo economico terminino "miracolosamente" e che le limitazioni apposte ai diritti non trovino più perciò giustificazione.

ne¹²¹ delle prestazioni richieste per individuare, all'interno di quest'insieme, quelle che devono essere poste interamente o prevalentemente a carico della collettività e quelle che possono essere rimesse al circuito privato della sanità. Proprio la consapevolezza che le risorse non sono illimitate rende ancor più impellente il doveroso impegno da parte delle istituzioni politiche di fissare un ordine di priorità nell'impiego delle risorse pubbliche, assumendo a parametro di riferimento anzitutto la Carta costituzionale. Ciò che evidentemente e per espresa previsione della Costituzione non può venir meno è la garanzia di cure gratuite a favore degli indigenti, ferma restando un'ampia discrezionalità del legislatore circa la definizione di forme, mezzi e strumenti preordinati al soddisfacimento della domanda di salute.

Ma prim'ancora di tutto ciò, non ci si può esimere dal constatare, sulla scorta di quanto autorevolmente rilevato in dottrina¹²², che nei sistemi costituzionali avanzati il problema delle risorse «sta assai meno nel loro totale che nella loro distribuzione tra vari impieghi». Prima di domandarsi, quindi, se esistono risorse per soddisfare adeguatamente il diritto alla salute – declinato, nel caso di specie, nel diritto di accesso alla prestazione sanitaria di PMA –, c'è da chiedersi se vi sia la volontà politica di destinare a quell'impiego le risorse che sarebbero necessarie, tenuto conto in particolare della dimensione personalistica, prima di quella economica della prestazione. I dubbi sull'effettiva carenza di una simile volontà politica non possono che acuirsi a fronte dell'assunzione di misure di riduzione della spesa sanitaria praticate mediante tagli lineari ovvero tramite uno strumento che, lungi dal perseguire l'obiettivo di una opportuna razionalizzazione della spesa pubblica, finisce per colpire intere categorie di prestazioni, con evidente maggiore penalizzazione dei soggetti più deboli¹²³.

Tutto ciò concorre ad avvalorare il nostro sospetto che dietro l'esperto diniego di copertura dei costi della PMA da parte di alcune Regioni, così come anche a monte del tardivo aggiornamento da parte dello Stato dei LEA, vi fosse non solo e non tanto la difficoltà di reperire le risorse necessarie per garantire l'erogazione di quelle prestazioni, quanto una pervicace avversione di natura ideologica nei confronti di questa metodica procreativa¹²⁴. Un vero e proprio pregiudizio, quindi, verso il ricorso alla tecnica a fini procreativi che, proprio in quanto, tale si è ritenuto opportuno occultare attraverso il richiamo ai vincoli di bilancio.

¹²¹ Dando compimento ad un "universalismo selettivo" nell'erogazione delle prestazioni, come sollecitato nella Relazione finale della "Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale", Roma, 1997, 18.

¹²² M. LUCIANI, *Brevi note sul diritto alla salute nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Giappichelli, Torino, 2003, 64.

¹²³ L. ANTONINI, *op. ult. cit.*, 48, il quale osserva che disponendo attraverso tagli lineari lo Stato rinuncia a verificare la sostenibilità del taglio rispetto alla doverosa erogazione dei diritti sociali e alla garanzia della qualità dei servizi sanitari.

Sul rigetto di censure rivolte dalle Regioni a disposizioni statali per l'asserito carattere lineare del taglio alla spesa, cfr., da ultimo, Corte cost., sentt. nn. 154 e 169 del 2017.

¹²⁴ Cfr. C. DI COSIMO, *Quando il legislatore predilige un punto di vista etico/religioso: il caso del divieto di donazione dei gameti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 21/2013, *passim*, (ed *ivi* ampi riferimenti ad ulteriore dottrina), secondo il quale il divieto di donazione di gameti di cui alla l. n. 40/04, recependo una posizione etico/religiosa controversa e ignorandone totalmente altre, contraddice i principi costituzionali di laicità, pluralismo ed eguaglianza.

Come già precisato, con ciò non s'intende affatto negare la problematicità del condizionamento finanziario dei diritti (di tutti i diritti), piuttosto si vuole richiamare l'attenzione su di un passaggio preliminare, sull'operazione, senz'altro non semplicistica, del reperimento e dell'allocazione delle risorse. Non si vogliono neppure sottovalutare i rischi connessi ad un incontrollato ed irresponsabile uso del danaro pubblico, né tantomeno si intende pervenire all'esaltazione di una concezione individualistica dei diritti fondamentali, intesi come diritti dell'individuo separato dalla comunità politica a cui appartiene. Indubbiamente, per la convergenza di vari fattori, l'attuale conformazione del SSN presenta, tra gli altri, un rilevante problema di sostenibilità economica, che proprio per la variabilità dei fattori in gioco, non può essere affrontato con soluzioni univoche¹²⁵, in specie con la sola riduzione delle risorse stanziare per il servizio, pena l'ulteriore aggravio di diseguaglianze assistenziali e sociali già esistenti, che continuano a risentire fortemente del luogo di residenza dei cittadini e soprattutto della loro disponibilità economica¹²⁶.

Invero, il complesso problema dell'allocazione delle risorse e del loro impiego chiama evidentemente in causa rilevanti questioni economiche, etiche, ma non di meno giuridiche e non si può dire che, di fronte ad esse, la Costituzione sia "muta". Come ricorrentemente ribadito da un'autorevole dottrina¹²⁷, la Costituzione può e deve continuare ad orientare le scelte politiche, giacché sulla base di essa è possibile distinguere destinazioni di fondi costituzionalmente *doverose*, destinazioni *consentite* e destinazioni *vietate*. Anzitutto, come si è già avuto modo di evidenziare, proprio la costituzionalizzazione dei diritti sociali rende inaccettabile la configurazione di una piena ed insindacabile libertà del legislatore nell'allocazione delle risorse necessarie a garantirne l'effettività. Pur nella consapevolezza della difficoltà di definire univocamente quale sia il nucleo indefettibile di garanzie che il legislatore non può, in nessun caso, compromettere, non si può certo dire che si tratti di un trascurabile punto di riferimento. Il fatto che la Costituzione riconosca a ciascun individuo, senza alcuna distinzione, il diritto alla salute (art. 32) è da riconnettersi alla riconosciuta essenzialità di quel bene della vita e, non di meno alla circostanza che, di fronte ad esso, potenzialmente siamo tutti soggetti deboli. Tuttavia, la tutela generalizzata di tale diritto non fa venire meno il carattere redistributivo funzionalmente proprio dei diritti sociali¹²⁸: infatti, è sulla base dello stesso art. 32 della Costituzione, che è possibile operare una distinzione tra la *doverosa* destinazione di fondi al servizio sanitario, per garantire cure gratuite agli indigenti e assicurare a tutti l'accesso al più ampio spettro di prestazioni (di comprovata efficacia terapeutica) anche se subordinatamente al possesso delle capacità economiche per far fronte al costo delle stesse; e il reperimento di fondi da destinarsi a fini *consentiti* dalla Carta costitu-

¹²⁵ Sul tema della sostenibilità "complessiva" del SSN, si veda l'indagine conoscitiva (tuttora in corso) presso la XII Commissione Igiene e Sanità del Senato *"Sulla sostenibilità del Servizio sanitario nazionale con particolare riferimento alla garanzia dei principi di universalità, solidarietà ed equità"*.

¹²⁶ Cfr. L. CHIEFFI, *Spunti per una riflessione intorno alla "bioetica pratica"*, in Id. (a cura di), *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, Mimesis, Milano-Udine, 2012, 19 ss.; e diffusamente sul tema C. SARACENO, *Il Welfare*, il Mulino, Bologna, 2013, *passim*.

¹²⁷ L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2013, (anche in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, I, Giuffrè, Milano, 2014, 375 ss.)

¹²⁸ M. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 248.

zionale, come quello di ampliare l'accesso alle cure gratuite *anche* ai non indigenti, che è appunto una decisione politica non imposta, né esplicitamente vietata in Costituzione¹²⁹. Ma, sempre sulla base di quel disposto contenuto nella Carta costituzionale sono ravvisabili pure destinazioni *vietate*, quale, in particolare, quella di «“preferire” la posizione dei non indigenti rispetto a quella degli indigenti»¹³⁰ ovvero garantire l'accesso effettivo alle prestazioni sanitarie solo a coloro che dispongono di risorse economiche proprie.

Provando a calare all'interno di tale tassonomia lo specifico caso del diritto di accesso alla PMA, si può sostenere che sia dovere inderogabile della Repubblica garantire l'effettiva possibilità di espletamento del trattamento nei confronti di coloro che ne reclamano l'accesso per risolvere un problema di salute riproduttiva, il che significa che le istituzioni repubblicane non possono sottrarsi dal loro compito di reperire risorse e avviare o perfezionare processi organizzativi finalizzati ad assicurare l'accessibilità a queste prestazioni sanitarie. Per quanto concerne, invece, la gratuità dei trattamenti – che non va confusa con la loro accessibilità – va ribadito che essa, per espressa previsione costituzionale, deve essere garantita agli indigenti e può essere estesa anche ad altri solo nei limiti in cui la conseguente ulteriore necessità di risorse economiche non finisca per inficiare il diritto di accesso alle cure a titolo gratuito da parte degli indigenti.

Sempre sulla base di quanto precedentemente argomentato, non si può poi escludere che, in un contesto di risorse scarse e tenuto conto del diverso peso economico delle prestazioni di PMA omologa ed eterologa, si possano prevedere differenti quote di compartecipazione alla spesa a carico delle coppie che vi accedono. A questo riguardo si deve però precisare che, a parere di chi scrive, il criterio di commisurazione dell'entità dei ticket richiesti, tanto per la PMA omologa quanto per quella eterologa, non può che essere quello del reddito effettivo della coppia¹³¹, dal momento che l'accesso ad entrambi i trattamenti muove da una medesima domanda di salute, ovvero dall'esigenza di superare i problemi riproduttivi derivanti dalla infertilità e sterilità.

Allo stesso tempo, però non si neppure escludere che spetti alle Regioni – ora certamente tenute a garantire l'erogazione di una prestazione rientrante nei LEA (fermo restando, in caso di inadempimento, l'attivazione del potere sostitutivo dello Stato, ex art. 120, co 2,

¹²⁹ L'estensione della gratuità delle cure anche ai non indigenti o anche l'ampliamento delle prestazioni erogabili in aggiunta a quelle che presidiano il contenuto essenziale del diritto alla tutela della salute costituiscono decisioni alle quali le istituzioni politiche possono (non devono) pervenire nel momento in cui ciò non si risolve in una compromissione o distrazione di risorse destinate all'adempimento di prestazioni doverose.

Dalla distinzione richiamata tra fondi per destinazioni doverose e fondi per destinazioni consentire discendono varie considerazioni: in primo luogo, eventuali riduzioni finanziarie – per far fronte ad emergenze economiche o anche ad esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica – non possono colpire indistintamente prestazioni sanitarie costituzionalmente necessarie e prestazioni aggiuntive. In secondo luogo, è indispensabile individuare criteri appropriati e funzionali a distinguere il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili e quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità. Di qui si pone l'annoso problema della persistente inattuazione del regime dei costi standard, supplito dal ricorso al sempre più complesso criterio convenzionale. Cfr., da ultimo, al riguardo, Corte cost., sent. n. 169 del 2017.

¹³⁰ D. MORANA, *Diritti a prestazione in tempo di crisi*, cit., 11.

¹³¹ Cfr. Corte cost., sentenze nn. 431/87; 184/93.

In tal senso e proprio in riferimento alle prestazioni di PMA, si veda anche il d.d.l. AS 2161, attualmente all'esame della 12^a Commissione permanente (Igiene e sanità) del Senato.

Cost.), definire le quote di compartecipazione alla spesa, tenendo conto anche delle specifiche e comprovate esigenze di natura economica dei rispettivi sistemi sanitari. In questo senso, non sembra affatto irragionevole operare una distinzione tra ticket per l'accesso alla PMA omologa e quella eterologa, atteso che quest'ultima tecnica, richiede, rispetto alla prima, adempimenti supplementari¹³², alcuni dei quali possono rivelarsi particolarmente onerosi. Diversamente, è da ritenersi certamente precluso alle Regioni operare un'irragionevole distinzione tra i due trattamenti al deliberato, anche se magari non dichiarato, scopo di rendere più gravoso l'accesso ad una prestazione "meno gradita", perché eticamente più controversa. Tale divieto si oppone evidentemente anche allo Stato, chiamato, in adempimento del proprio dovere di garantire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, a determinare il limite massimo dei ticket. Il dubbio che sovviene a tal proposito, alla luce del dato normativo ricavabile dall'art. 64, co. 2 del d.P.C.M. del 12 gennaio 2017, sui nuovi LEA, ma soprattutto tenuto conto dell'esperienza pregressa, è che i processi di definizione dei ticket rimessi allo Stato e alle Regioni possano condurre ad ulteriori ritardi nell'avvio dei trattamenti. Va ricordato, infatti, che ai sensi dell'art. 49 del citato decreto spetta alle Regioni definire la misura delle compartecipazioni alla spesa a carico delle coppie che si sottopongono alla PMA con donazione di gameti, ma, come precisato nelle norme transitorie e finali, le disposizioni concernenti le nuove prestazioni in materia di assistenza specialistica ambulatoriale entreranno in vigore solo a seguito dell'approvazione del decreto ministeriale che stabilisce le tariffe massime delle prestazioni¹³³.

7. Interruzione volontaria della gravidanza e tutela della salute materna

Venendo ora al tema dell'IVG, prima di entrare nel merito di alcune vicende di più recente periodo concernenti l'applicazione e l'effettività della legge n. 194 del 1978, occorre chiarire meglio le ragioni di una loro lettura in parallelo con quelle relative alla PMA¹³⁴. Le

¹³² Cfr. però TAR per la Sicilia (sezione Terza), sentenza n. 11562 del 2016, con la quale è stato respinto il ricorso, presentato da alcuni Centri privati accreditati con il SSR autorizzati a praticare la PMA, per l'annullamento del decreto dell'Assessore della salute n. 638 del 2015, con il quale era stato determinato un unico budget per il finanziamento tanto della PMA omologa, tanto di quella eterologa e si era disposta la suddivisione di detto budget attribuendo il 70% della somma alle strutture pubbliche e il restante 30 a quelle private. Per il giudice amministrativo la parziale disomogeneità delle due tecniche non presenta elementi di differenziazione tali da far ritenere illogica la scelta di predisporre un unico budget.

Merita di essere segnalato che, riguardo alla suddivisione tra strutture pubbliche e private del relativo budget unico la scelta discrezionale della Regione è apparsa al TAR non solo esente da profili di illogicità, ma del tutto ragionevole e adeguata rispetto all'obiettivo di irrobustire l'offerta da parte del sistema pubblico regionale dei trattamenti di PMA, che, allo stato (e tutt'oggi), risulta deficitaria.

¹³³ Art. 64, co. 2: «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».

¹³⁴ Per una lettura "a tutto tondo" delle tematiche relative all'inizio vita, v. A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona*, cit., 1341 ss.; L. CHIEFFI - J.R. SALCEDO HERNÁNDEZ (a cura di), *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, cit.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte pro-*

due tematiche paiono, infatti, suscettibili di essere inquadrare in una prospettiva antitetica, specie se si tiene conto degli esiti concreti derivanti dall'applicazione delle rispettive discipline legislative: in un caso, quello dell'IVG, la legge del 1978 fissa i presupposti e regola il procedimento all'esito del quale si può legittimamente interrompere una gravidanza comunque avviata, ma che non si intende portare a termine; nell'altro caso, quello della PMA, la legge del 2004 reca condizioni e regole procedurali per l'avvio di una gravidanza agognata ma che, per diverse ragioni, non è possibile instaurare senza l'assistenza medico-specialistica nella fase dell'inseminazione o della formazione *in vitro* dell'embrione, in vista del successivo impianto.

Si tratta di una impostazione non proprio inusuale che spinta alle sue estreme conseguenze potrebbe indurre a ritenere configurabile, nel nostro ordinamento giuridico, sia un diritto all'aborto, sia un diritto a procreare mediante tecniche di fecondazione medicalmente assistita. Già si è avuto modo di confutare quest'ultimo punto, ma anche riguardo al tema dell'IVG la dottrina non ha mai esitato a respingere la possibile configurabilità di un diritto all'aborto¹³⁵, cogliendo altresì l'occasione per marcare la distanza tra la lettura europea del tema dell'aborto e quella nord-americana, impostata principalmente sull'esigenza di garantire il diritto alla *privacy* della donna¹³⁶.

A ben vedere, però, non è questa la ragione fondamentale per cui riteniamo criticabile l'inquadramento di queste due vicende concernenti l'inizio della vita umana in chiave antitetica. I motivi sono altri: in primo luogo, vi è la convinzione che la scelta abortiva non possa essere considerata come l'esito finale di una contrapposizione insanabile tra interessi della madre e quelli del concepito, ma quale consapevole assunzione di responsabilità di quest'ultima anche nei confronti del secondo¹³⁷; in secondo luogo, pur riconoscendo che, nel

creative, cit.; M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Esi, Napoli, 2016.

¹³⁵ V. per tutti L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, in Id. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Paravia scriptorium, Torino, 2000, 128 ss. In tal senso già C.M. BIANCA, *Commento all'art. 1*, in *Commentario alla Legge 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza. Le nuove leggi civili commentate*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, I, Cedam, Padova, 1978, 1593.

¹³⁶ Sui più recenti sviluppi del dibattito statunitense sull'aborto, v. S. MANCINI, "Amali entrambi". *L'aborto ai tempi della globalizzazione*, in *Medicina nei secoli*, 2016, 123 ss.

¹³⁷ Cfr. B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, II, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, 1659 e 1672, secondo la quale neppure dal testo della legge 194 è ricavabile una contrapposizione, ma anzi una coesistenza e conciliazione, tra procreazione cosciente e responsabile e tutela della vita umana fin dall'inizio. Secondo altri, invece, questa declinazione oppositiva risale all'impostazione della sentenza n. 27 del 1975. Così L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, cit., 3 e G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Jovene, Napoli, 2009, 826.

Chi scrive ha invece già sostenuto che si deve soprattutto alla laconicità della motivazione della sentenza n. 27/75 la diffusione di non poche letture critiche della stessa, in particolare, di quel passaggio in cui la Consulta ha affermato che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Questo passaggio è spesso richiamato con una decisa carica polemica la quale, a nostro avviso, non tiene in debito conto che il *proprium* del sindacato attorno al ragionevole bilanciamento di interessi comporta necessariamente la fissazione, da parte della Corte, di un ordine di precedenza tra gli interessi in competizione, dove uno di essi subirà

caso dell'aborto, la posizione giuridica soggettiva fatta valere dalla donna non possa che prevalere su quella del concepito, l'accesso all'IVG non può esaurirsi nella sola rivendicazione di un diritto di autodeterminazione della donna sul proprio corpo e riguardo alle proprie scelte procreative, ma investe principalmente il suo diritto alla salute. In quest'ottica, dunque, l'apparente antitetività tra le due tematiche svanisce per dar spazio a valutazioni congiunte e coordinate sulle stesse, tanto più indispensabili attesa la comune implicazione di situazioni giuridiche soggettive assimilabili.

La legge n. 194 del 1978, come la legge n. 40 del 2004 (almeno all'esito dei numerosi interventi giurisprudenziali sulla stessa) pongono in primo piano l'esigenza di garantire il diritto alla salute anzitutto di colei, la madre, senza la quale il concepito non ha alcuna speranza di vedere soddisfatto il proprio diritto alla vita¹³⁸. Proprio alla luce di questa peculiare condizione di dipendenza dell'embrione dall'accoglimento nell'utero di una donna, si è opportunamente rimarcato come i temi concernenti l'inizio della vita umana costituiscano ambiti nei quali si riscontra una persistente ed inevitabile asimmetria tra il genere maschile e femminile¹³⁹. Senza per questo arrivare a sostenere che la procreazione possa essere intesa come «affare solo di donne»¹⁴⁰, è invece evidente che la prosecuzione o interruzione di una gravidanza lo siano¹⁴¹, e infatti ciò è esplicitamente riconosciuto anche dal giudice delle leggi¹⁴².

Come già puntualizzato in apertura del presente lavoro, non desta grande stupore la persistente conflittualità sul tema dell'IVG che continua ad attraversare le nostre società; l'aborto è, e resta, un tema divisivo¹⁴³. Ciò che invece desta biasimo sono i toni che sovente assume quel conflitto, talvolta spinto ai limiti del fanatismo¹⁴⁴, e nondimeno sorprende che lo stesso coinvolga una disciplina, quale quella contenuta nella legge n. 194/78, esempio paradigmatico, a parere di chi scrive, di un intervento legislativo onestamente laico e improntato sulla necessità di far coesistere, all'interno di un ordinamento giuridico democratico e pluralista, più interessi di rilievo costituzionale, assunti in una prospettiva non assolutizzante (tiran-

inevitabilmente una postergazione, che, pur non sacrificandone il contenuto essenziale, dovrà essere sufficiente e proporzionata.

¹³⁸ L. RONCHETTI, *op. ult. cit.*, 4; G. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 835; P. VERONESI, "Diritti in conflitto": per una mappatura dal basso della vicenda abortiva, in *Medicina nei secoli*, 2016, 94.

¹³⁹ B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, 1677.

¹⁴⁰ È questo il titolo del film del 1988 diretto da Claude Chabrol, liberamente ispirato al libro "Une affaire de femmes" di Francis Szpine.

Il titolo è ripreso anche nel volume di S. MANCINI, *Un affare di donne. L'aborto tra eguale libertà e controllo sociale*, Cedam, Padova, 2012.

¹⁴¹ È evidente, infatti, che l'avvio del processo procreativo presupponga l'incontro tra gameti femminili e maschili, ma la prosecuzione della gravidanza necessita dell'apporto che solo una donna può fornire: l'accoglimento del prodotto del concepimento nel proprio utero. Di qui la profonda ed inevitabile asimmetria di genere che si riscontra in tutte le vicende concernenti l'inizio della vita umana e anche l'erronea assimilazione tra i casi di ricorso alla c.d. (o meglio, impropriamente detta) maternità surrogata da parte di coppie omosessuali maschili o femminili, su cui ampiamente S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015.

¹⁴² Ordinanza n. 389 del 1988.

¹⁴³ Così anche B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, 1671.

¹⁴⁴ G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 819-820.

nica)¹⁴⁵. La legge n. 194/78 non disciplina le forme di esercizio di un presunto diritto all'aborto; è una legge volutamente duttile e pragmatica¹⁴⁶ che, anticipata dalla celeberrima decisione della Corte costituzionale n. 27 del 1975, ha segnato il passaggio nell'ordinamento giuridico italiano da una prospettiva di criminalizzazione dell'aborto, ad una di legalizzazione e non già di liberalizzazione di tale pratica¹⁴⁷. Quella legge non si è limitata a configurare la pratica abortiva come *agere licere* ovvero come un fenomeno meramente tollerato dal sistema giuridico; essa, recependo l'impostazione fatta propria dalla Corte costituzionale nella sent. n. 27/75, ha riconosciuto che quando dal prosieguo della gravidanza possa discendere un serio o grave pericolo per la salute o la vita della madre, questa può legittimamente ottenere la prestazione medico-sanitaria di interruzione della gravidanza all'interno di strutture pubbliche o private, all'uopo previamente autorizzate, e all'esito di un procedimento differentemente configurato a seconda delle condizioni di salute della donna e del periodo gestazionale.

Riprendendo quanto già evidenziato con riguardo all'accesso alla PMA, si può certamente sostenere che, anche nella regolamentazione dell'IVG, abbia assunto un peso determinante l'esigenza di garantire il diritto alla salute della madre. Ebbene, proprio tale impostazione, come accennato in apertura, ha suscitato diverse critiche, alcune delle quali, pur avendo l'indiscutibile pregio di evidenziare innegabili problematicità della disciplina vigente in materia e della sua ispirazione di fondo, paiono superabili¹⁴⁸. A quanti contestano la correlazione tra IVG e diritto alla salute della donna è agevole replicare che la funzionalizzazione della prima alla tutela del secondo può essere sostenuta richiamando i medesimi argomenti addotti in riferimento alla PMA, ovverosia l'espansione della nozione costituzionale di salute e l'impossibilità di circoscriverne le sue forme di tutela ai soli interventi curativi o terapeutici in senso stretto. Più penetranti paiono, invece, i rilievi mossi alla legge n. 194 da una parte della dottrina¹⁴⁹ che, specie riguardo all'IVG nei primi 90 giorni della gestazione, ha contestato la mancata predisposizione di «serii accertamenti» (sent. n. 27/75) sulla ricorrenza del serio pericolo per la salute fisica o psichica della madre derivante dalla prosecuzione della gravidanza, dal parto o dalla maternità. Al riguardo, va anzitutto precisato che non colgono nel segno le osservazioni critiche di chi¹⁵⁰ ha denunciato la molteplicità ed eterogeneità dei pre-

¹⁴⁵ Il riferimento è al noto saggio di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, (1967), trad. it. Adelphi, Milano, 2008. Un puntuale richiamo anche in Corte cost., sent. n. 85 del 2013.

¹⁴⁶ L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, cit., 133.

¹⁴⁷ Libreria delle donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti: la generazione della libertà femminile nell'idea e nelle vicende di un gruppo di donne*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1987.

¹⁴⁸ Per una più puntuale panoramica della dottrina che ha, in vario senso e modo, criticato i contenuti della legge n. 194/78 si rinvia a B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, 1675-6 e F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi, domani*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 2015, 91-2.

¹⁴⁹ G. GALLI, V. ITALIA, F. REALMONTE, M. SPINA, C.E. TRAVERSO, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 128 ss.; C. CASINI, F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Cedam, Padova, 1978, 63 s.; L.V. MOSCARINI, *Aborto. I. Profili costituzionali e disciplina legislativa*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1988, 7.

¹⁵⁰ M. ZANCHETTI, *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Cedam, Padova, 1992, 246.

supposti che sorreggono la richiesta abortiva evidenziando come la sola allegazione da parte della donna di avverse circostanze derivanti dalle sue condizioni economiche, sociali o familiari possa, di per sé e autonomamente, costituire presupposto sufficiente per l'accesso all'IVG. A ben vedere, sebbene il legislatore del 1978 abbia (opportunamente¹⁵¹) richiamato diverse tipologie di problematiche – di natura strettamente medico-sanitaria, anomalie o malformazioni del concepito, ma anche problematiche economiche, sociali o familiari della donna, nonché le circostanze in cui è avvenuto il concepimento – le quali possono indurre la donna a chiedere l'IVG, la loro ricorrenza non è di per sé sufficiente, dovendo ciascuna di esse ridondare in un serio pericolo per la sua salute psico-fisica. È pur vero che proprio la formulazione, l'eterogeneità e la peculiare portata di alcune delle circostanze richiamate, che debbono concorrere ad integrare il serio pericolo per la salute materna, impediscono di assumerle come parametri obiettivi, accertabili sulla base di sicuri e incontrovertibili indici di riferimento diagnostico, tali cioè da non lasciar spazio ad un differente apprezzamento da parte del medico, del padre del nascituro o del giudice tutelare (per l'aborto della minorenni). Cionondimeno l'impressione che si avverte, soprattutto ripercorrendo la copiosa giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto la legge n. 194/78, è che oggetto di contestazione non sia tanto l'ampiezza della nozione di salute materna e la duttilità dei procedimenti di accertamento tracciati nella legge in parola, quanto, più a monte, la stessa capacità delle donne di assumere autonomamente, coscientemente e responsabilmente una decisione tanto complessa come quella di interrompere una gravidanza, senza il decisivo apporto codecisionale di un altro soggetto¹⁵². Nonostante la Corte costituzionale abbia in più occasioni rilevato che «il legislatore ha inteso lasciare – secondo una valutazione politico-legislativa insindacabile – alla responsabilità finale della donna la decisione di abortire»¹⁵³, anche considerando la «incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna»¹⁵⁴, persistono pervicaci voci critiche nei riguardi del modello normativo fatto proprio dal legislatore del 1978 e confermato dall'interpretazione giurisprudenziale; si tratta di obiezioni che lasciano trasparire una scarsa considerazione per la peculiarità del ruolo materno e non di meno l'ostinata tendenza, tutt'altro che compatibile con l'odierno ordito costituzionale, a considerare il corpo delle donne «un mero strumento delle potenzialità di sviluppo di un embrione»¹⁵⁵ o comunque un «luogo pubblico su cui legiferare, sul quale esercitare di nuovo un forte potere di disciplinamento»¹⁵⁶.

¹⁵¹ Cfr. B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 467, secondo la quale le criticità connesse alla non univoca ed anzi fortemente eterogenea individuazione delle circostanze che sorreggono la richiesta abortiva risultano solo apparentemente tali, «in ragione della necessità di valutare il singolo caso concreto e dell'opportunità di non cristallizzare con un elenco tassativo le specifiche tipologie di serio pregiudizio o di pericolo per la salute che legittimano l'applicazione del trattamento interruttivo».

¹⁵² P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, 119.

¹⁵³ *Ex plurimis*, ord. n. 176/96.

¹⁵⁴ Ordinanza n. 389 del 1988, in *Giur. Cost.*, 1988, 1712 ss., con note di D. VINCENZI AMATO, *Famiglia, maternità e paternità nella disciplina dell'aborto*, *ivi*, 1714 ss.; J. LUTHER, *Le vie del padre non sono finite*, *ivi*, 1721 ss.

¹⁵⁵ B. PEZZINI, *op. ult. cit.*, 1678.

¹⁵⁶ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 87.

Allo stesso tempo, non si può non tener conto di un altro versante di critiche che ha investito la scelta compiuta nel 1978 di affidare gli interventi abortivi al sistema sanitario pubblico, ancor prima, seppur di poco, dell'istituzione del SSN. Non manca chi ha visto in quello che è stato definito il «regime amministrativo monopolistico»¹⁵⁷ del servizio un ulteriore tentativo di ostacolare l'accesso da parte delle donne alle pratiche abortive¹⁵⁸. Come si è già anticipato, uno degli obiettivi principali della presente riflessione è quello di «difendere» la riconduzione dell'accesso all'IVG (e alla PMA) nell'ambito delle prestazioni sanitarie che assicurano la garanzia del diritto costituzionale alla salute, intesa quale funzione pubblica irrinunciabile e indeclinabile¹⁵⁹, senza per questo mortificare il rilievo che nella vicenda assume l'autodeterminazione femminile. Su questa base si vuole sostenere che la liberalizzazione dell'aborto non possa trovare accoglimento nel nostro ordinamento giuridico in ragione della necessità costituzionale di tutelare la vita umana fin dal suo inizio¹⁶⁰ (e ciò a prescindere dal riconoscimento o meno della qualifica di soggetto di diritto in capo all'embrione), ma, anche e non di meno, tenuto conto del dovere della Repubblica di tutelare la maternità (art. 31, co. 2) e di garantire il diritto inviolabile della madre alla salute e alla vita. Tali doveri, ove declinati nella specifica e delicata vicenda abortiva, non si risolvono in una garanzia della posizione soggettiva della madre *contro* il figlio¹⁶¹, secondo la prospettiva avversariale prima confutata, quanto nella salvaguardia del materno in sé e quindi ineluttabilmente della madre *con* il figlio¹⁶²; il che equivale a ritenere indispensabile e doveroso, da parte delle istituzioni pubbliche, fornire alla donna tanto un sostegno per evitare, ove possibile, l'aborto e, prim'ancora, quindi una gravidanza indesiderata¹⁶³, quanto un adeguato supporto nell'assunzione di una decisione, quale quella abortiva, sicuramente dolorosa, ma che comunque solo ad ella può

¹⁵⁷ Si veda in tal senso la memoria predisposta dal Comitato promotore del referendum abrogativo c.d. radicale su diverse disposizioni della legge n. 194 del 1978, su cui poi si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 1981.

¹⁵⁸ S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Esi, Napoli, 2006, 568 e 577 ss.

¹⁵⁹ R. FERRARA, *Il diritto alla salute*, cit., 55.

¹⁶⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 35/97, in part. punto 4 del Considerato in diritto.

¹⁶¹ La concezione di una «madre nemica del figlio» costituisce, secondo G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, cit., 832, uno degli stereotipi più classici di cui si continua a nutrire una cultura diffidente nei confronti delle donne.

¹⁶² Come più volte rammentato già nel corso dei lavori preparatori della legge n. 194/78; in particolare puntuali richiami in tal senso sono rinvenibili nella Relazione di maggioranza delle Commissioni riunite IV e XIV (Giustizia e Igiene e Sanità) della Camera dei deputati.

¹⁶³ La prevenzione dell'aborto costituisce, a mio avviso, l'obiettivo prioritario di una politica della procreazione che sia attenta a tutelare insieme i diritti delle donne e del nascituro. È indispensabile che tale finalità sia comunque perseguita senza alcun intento di riequilibrio democratico, tanto peggio – si passi l'eufemismo – se volto a «preservare» l'identità etnica di una nazione, minacciata dalla crescente presenza di altre identità, tra l'altro molto prolifiche, e se la prevenzione si converta in un tentativo di dissuasione al ricorso, in ogni caso, all'IVG. Cfr. G. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 866 e 868, secondo la quale «Prevenire l'aborto significa estendere l'educazione e l'informazione sanitaria e la contraccezione; non significa «dissuadere» la singola donna incinta dal sottrarsi ad una gravidanza non voluta e non scelta, quando vi siano le condizioni previste dalla legge n. 194 per eseguire l'intervento abortivo».

Il tema si collega evidentemente anche a quello della prevenzione della fertilità, che di recente è stato al centro dibattito per le modalità, invero profondamente criticabili, con le quali è stata svolta la campagna pubblicitaria del *Fertility day*, promossa dal Ministero della salute nel settembre 2016.

spettare e che richiede rispetto, non già compassione, né tantomeno vittimizzazione, né ancora criminalizzazione.

Se, da un lato, è certamente vero che determinanti sono state le condizioni di contesto all'interno delle quali è maturata la decisione compromissoria fatta propria dal legislatore del 1978, dall'altro lato, pare troppo severa la critica di chi ritiene che la legge 194 abbia solo liberato le donne dall'aborto clandestino¹⁶⁴. Nonostante il drastico ridimensionamento del fenomeno, non sembra che sia venuta meno quella remota e pur ancora avvertita esigenza di garantire l'aborto "sicuro", non praticato cioè da personale improvvisato, ma all'interno di strutture controllate, che siano tenute ad assicurare l'accesso al trattamento a tutte le donne, anche a quelle non in grado di sopportarne i costi economici o comunque a quelle che vivono condizioni di disagio e, per questo, sono più esposte al rischio di affidarsi a mani non esperte o spinte a ricorrere all'uso inappropriato di farmaci con effetto abortivo¹⁶⁵.

Anche per questa ragione, oltre a quelle dapprima esposte, riteniamo che non si possa rinunciare al regime pubblicistico dell'IVG fatto proprio dalla legge 194/78, la quale, come rilevato dalla Corte costituzionale in occasione di diversi giudizi di ammissibilità di referendum abrogativi, reca al suo interno alcune disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato, in quanto volte ad assicurare una «tutela minima di interessi ritenuti fondamentali dalla Costituzione»¹⁶⁶ e per questo non inficiabili ad opera di leggi ordinarie. In particolare, «per quanto riguarda il ricorso alle istituzioni pubbliche per l'effettuazione degli interventi diretti alla interruzione della gravidanza, deve osservarsi che le relative disposizioni [art. 7 e 8] rappresentano nella visione del legislatore e nel sistema della legge uno dei mezzi ritenuti essenziali per assicurare il livello minimo di tutela dei diritti inviolabili»¹⁶⁷ coinvolti nella pratica.

¹⁶⁴ S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola*, cit., 570, che critica altresì l'atteggiamento paternalistico assunto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 27 del 1975.

¹⁶⁵ Ricorrenti sono i casi di cronaca in cui si riportano i gravi rischi cui vanno incontro le donne che cercano di abortire attraverso l'ingestione di farmaci antiulcera gastrica.

¹⁶⁶ Già nella sentenza n. 26 del 1981, la Corte costituzionale, richiamando il criterio della tutela necessaria minima del diritto costituzionale alla salute della donna, ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum abrogativo dell'art. 6 della legge n. 194/78, pertanto inteso «nel suo contenuto essenziale una norma costituzionalmente imposta dall'art. 32». Tale affermazione è confermata nella successiva sentenza n. 35 del 1997, con la quale vengono individuate altre disposizioni della legge ritenute a contenuto costituzionalmente vincolato – gli articoli 4, 5, 12 e 13 della legge n. 194 del 1978 – non abrogabili tramite referendum in quanto ciò condurrebbe a rendere «nullo il livello minimo di tutela necessaria dei diritti costituzionali inviolabili alla vita, alla salute, nonché di tutela necessaria della maternità, dell'infanzia e della gioventù».

«Ciò che la Costituzione non consente di toccare mediante l'abrogazione, sia pure parziale, della legge 23 maggio 1978, n. 194, è quel nucleo di disposizioni che attengono alla protezione della vita del concepito quando non siano presenti esigenze di salute o di vita della madre, nonché quel complesso di disposizioni che attengono alla protezione della donna gestante: della donna adulta come della donna minore di età, della donna in condizioni di gravidanza infratrimestrale come della donna in condizioni di gravidanza più avanzata». (punto 5 del Considerato in diritto).

¹⁶⁷ Sent. 35/97, punto 4 del Considerato in diritto.

8. Inattuazione e ineffettività della legge n. 194 del 1978. Le criticità derivanti dall'espansione dell'obiezione di coscienza

La riconduzione della disciplina in parola alla categoria delle disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato ha avuto, quale ulteriore effetto, quello di chiudere la lunga e tormentata fase storica di mobilitazione per la modifica della legge n. 194/78 per (ri)aprire quella della sua piena attuazione¹⁶⁸. Da circa un ventennio, infatti, il dibattito intorno a questa legge si è focalizzato principalmente sulla sua ineffettività, ma all'interno di esso si continua a scorgere la permanenza di posizioni molto divergenti, se non in vera e propria antitesi: da un lato, chi denuncia (solo) la mancata applicazione delle parti della legge volte a prevenire l'aborto, dall'altro, quanti contestano (esclusivamente) la mancata valorizzazione della procreazione cosciente e responsabile¹⁶⁹.

L'unilateralità di queste visioni, nel trascurare la necessità di assicurare la coesistenza di plurimi interessi di rilievo costituzionale coinvolti nella pratica abortiva, finisce per piegare la scelta compromissoria della legge n. 194 a favore di una sola parte, mirando, in ultima istanza, a perseguire obiettivi diametralmente opposti, oltreché di dubbia fondatezza: si perviene infatti, per questa via, a conferire al colloquio tra la donna e il medico ex art. 5 della legge una preminente funzione di dissuasione dalla scelta abortiva¹⁷⁰; o, all'opposto, si mira a ritenere preferibile superare qualsiasi confronto della donna con altri soggetti per dar spazio così solo alla sua autodeterminazione.

Si tratta di posizioni forse estreme ma che, comunque, tendono a rinnovare, nella discussione sull'aborto, la logica dell'irrisolvibile conflitto tra interessi contrapposti, che, invece, come si è già avuto modo di precisare, è primario compito del diritto dirimere attraverso decisioni ispirate al canone della ragionevolezza.

Mettendo da parte opinioni oltranziste, è opportuno soffermarsi sulla più volte denunciata carente attuazione di quelle parti della legge n. 194/78 che assicurano la coesistenza di interessi, parimenti meritevoli di tutela, e cioè il diritto della donna di ottenere, al ricorrere di determinati presupposti, la prestazione sanitaria di IVG e la libertà di coscienza del personale sanitario.

Già nel corso del dibattito parlamentare, conclusosi con l'approvazione della legge n. 194, era emersa la preoccupazione che gli obiettivi perseguiti dalla nuova regolamentazione dell'IVG potessero essere vanificati da un incondizionato e illimitato ricorso all'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario¹⁷¹. Queste osservazioni, per quanto risalenti, sono di estrema attualità, in quanto è proprio nella massiccia e incontrollata espansione dell'obiezione di coscienza che va ravvisata una delle più insidiose pratiche di depotenziamento, se non di vero e proprio sabotaggio, della legge n. 194 nel suo momento applicati-

¹⁶⁸ F. GRANDI, *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194*, cit., 99 s.

¹⁶⁹ Approfonditamente su entrambe le posizioni, G. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 817 ss.

¹⁷⁰ Decisamente critica sul punto G. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 848 ss.

¹⁷¹ Per un puntale richiamo ai lavori preparatori della legge n. 194, si rinvia a G. BERLINGUER, *La legge sull'aborto*, Editori riuniti, Roma, 1978, 95 ss. e, più di recente, B. LIBERALI, *op. ult. cit.*, 443 e 604, con ulteriori riferimenti bibliografici.

vo¹⁷². Ed è su questo specifico versante che si intende ora appuntare l'attenzione, per verificare la praticabilità e, prim'ancora, la compatibilità costituzionale di alcuni interventi volti ad assicurare l'espletamento delle procedure e l'effettuazione degli interventi abortivi.

Prima di inoltrarsi in questo percorso, è bene evidenziare che il quadro normativo delle garanzie di effettivo ed uniforme accesso alle prestazioni di IVG appare già piuttosto chiaro e completo: accanto alle previsioni contenute nella stessa legge n. 194 (specie nell'art. 9 co. 4), rileva, in particolare, l'esplicita inclusione dell'IVG nei LEA, fin dall'approvazione del d.P.C.M. del 2001.

Tuttavia, se ci si allontana dal piano astratto delle previsioni normative per valutare la concreta operatività delle garanzie previste dal diritto vigente, la chiarezza del quadro tende a svanire¹⁷³, per lasciar spazio tanto a divergenze interpretative, che investono l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione dell'obiezione di coscienza, quanto a persistenti inadempienze, sia sul versante regionale, sia su quello statale, relativamente all'effettiva garanzia della prestazione essenziale di IVG.

In effetti, molte delle criticità sottese alla pratica dell'obiezione di coscienza all'aborto derivano dalla difficoltosa delimitazione dello spazio di estensione della stessa, di certo non agevolata dall'anodina formulazione dell'art. 9¹⁷⁴, che, al primo comma, con una previsione assai ampia, consente al personale, che abbia preventivamente sollevato obiezione di coscienza, di non partecipare «alle procedure di cui agli articoli 5 e 7 ed agli interventi per l'interruzione della gravidanza», per poi precisare, al terzo comma, che l'esonero riguarda solo le procedure e le attività «specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza, e non l'assistenza antecedente e conseguente all'intervento. Pur non specificando ulteriormente quali adempimenti sanitari siano univocamente diretti a provocare l'aborto, la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 9 risponde alla necessità, palesatasi nel corso del dibattito parlamentare sulla legge n. 194/78, di delimitare e controllare l'espansione dell'obiezione di coscienza. Ancor di più, nel comma 4 del medesimo articolo, il legislatore si è premurato di precisare che gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti *in ogni caso* ad assicurare espletamento delle procedure previste dall'articolo 7¹⁷⁵ e l'effettuazione degli interventi di interruzione della gravidanza e che spetta alla Regione controllarne e garantirne l'attuazione *anche* attraverso la mobilità del personale.

Nessuna esplicita garanzia di adempimento è invece prevista per le procedure diverse da quelle dell'aborto oltre il 90° giorno di gestazione e il problema di assicurarne l'effettivo

¹⁷² P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 141; G. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 843.

¹⁷³ Così S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza, obiezione di coscienza e diritto di accesso alle prestazioni sanitarie nella complessa architettura costituzionale. Profili critici e ipotesi di superamento*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 6.

Diversamente A. ARCURI, *Il diritto ai tempi dell'obiezione di coscienza. Il caso San Camillo*, in *Federalismi.it*, 14/2017, 7, ritiene che i problemi determinati dall'espansione dell'obiezione di coscienza «siano essenzialmente connessi a problemi qualitativi propri della legge, che, sotto questo specifico punto è insoddisfacente».

¹⁷⁴ Vedi, per tutti, A. D'ATENA, *Commento all'art. 9*, in Aa. Vv., *Commentario alla Legge 22 maggio 1978, n. 194*, cit., 1650.

¹⁷⁵ Ovvero l'accertamento dei processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna e che legittimino il ricorso all'aborto oltre il 90° giorno di gestazione.

espletamento si è posto in particolare all'interno dei consultori pubblici, istituiti dalla legge n. 405/75, i quali rappresentano, a tutt'oggi e nonostante non trascurabili differenziazioni territoriali¹⁷⁶, le principali strutture cui le donne si rivolgono per gli adempimenti preliminari all'effettuazione dell'intervento abortivo nel primo trimestre di gravidanza.

Il primo nodo da sciogliere, a tal riguardo, è quello dell'estensione soggettiva ed oggettiva dell'obiezione di coscienza rispetto alle attività che, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 194/78, si svolgono all'interno delle strutture consultoriali. Stando alla sola interpretazione letterale del primo comma dell'art. 9 si potrebbe ritenere che il personale medico e gli operatori sanitari obiettori presenti nel consultorio possano legittimamente astenersi dal compimento di tutte le attività di cui all'art. 5 della legge n. 194; senonché, da un'indispensabile lettura sistematica di queste disposizioni alla luce di quanto previsto nel successivo comma 3 dell'art. 9, si evince la necessità di delimitare lo spazio di operatività dell'esonero ai soli soggetti chiamati a compiere attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza e, di qui, si pone l'ulteriore esigenza di verificare se la legittima astensione dal compimento delle medesime dia luogo a disfunzionalità del servizio pubblico, da risolvere con strumenti adeguati.

9. Le iniziative regionali volte a rilanciare il ruolo dei Consultori pubblici nelle pratiche abortive

Sul tema, nel corso dell'ultimo decennio, sono intervenute due Regioni, le quali, pur mirando al perseguimento del medesimo obiettivo di rilanciare complessivamente il ruolo del Consultorio e pur partendo dalla comune convinzione che l'obiezione di coscienza non possa investire tutte le attività ivi svolte, hanno intrapreso percorsi differenti.

Nel 2010 la Regione Puglia, preso atto che all'interno del proprio territorio quasi la metà degli interventi abortivi erano praticati in strutture private, anche a causa della diffusione dell'obiezione di coscienza tra il personale sanitario operante nelle strutture pubbliche, ha previsto, in vista del potenziamento dei Consultori, l'integrazione della dotazione organica di alcuni di essi; su questa base è stata avviata una procedura selettiva riservata a soli specialisti non obiettori di coscienza, la cui legittimità è stata però contestata dinanzi al giudice amministrativo da alcuni medici obiettori. Pur non avallando pienamente le doglianze dei ricorrenti, il TAR Puglia, procedendo da una rigorosa interpretazione dell'ambito di applicazione dell'art. 9, l. n. 194/78, ha dichiarato l'illegittimità del bando di concorso e degli atti presupposti. Secondo il giudice, infatti, tra i compiti spettanti ai Consultori familiari non figurano attività univocamente dirette all'aborto, «bensì soltanto attività di assistenza psicologica e di informazione/consulenza della gestante»; anche il personale medico, chiamato a svolgere le funzioni di ginecologo e a praticare gli accertamenti e le visite mediche di cui all'art. 5 legge

¹⁷⁶ È ricorrentemente documentato che circa la metà delle Regioni non raggiunge l'obiettivo, previsto dalla legge n. 34/96 – a ventun anni di distanza dalla legge istitutiva – di avere un consultorio familiare ogni 20.000 abitanti.

n. 194/1978, compie attività «che esulano dall'iter abortivo» e che perciò non possono essere legittimamente rifiutate neppure dal personale obiettore di coscienza. Pertanto, secondo il Tar Puglia l'aprioristica esclusione degli obiettori di coscienza dalla procedura selettiva «appare (...) discriminatoria oltre che irrazionale poiché non giustificata da alcuna plausibile ragione oggettiva»¹⁷⁷.

Come si è già avuto modo di approfondire altrove¹⁷⁸, il presupposto interpretativo da cui ha preso le mosse il Tar Puglia – e cioè che nessuna attività svolta dai medici consultoriali possa ritenersi specificamente e necessariamente rivolta all'IVG – non è affatto pacifico¹⁷⁹; se certamente in tale ambito non possono farsi rientrare l'attività di informazione e consulenza, né gli accertamenti generali sullo stato di salute della donna, per quanto concerne, invece, l'attività certificatoria si possono nutrire plausibili dubbi sull'obbligatorietà, sempre ed in ogni caso, del suo svolgimento anche da parte degli obiettori di coscienza. Va però attentamente considerato che l'esclusiva presenza di medici obiettori all'interno del Consultorio finisce per rivelarsi controproducente non solo per la donna, la quale temendo di non poter ottenere in quella sede la documentazione necessaria potrebbe essere spinta a rivolgersi altrove, ma anche per lo stesso medico obiettore; se questi, infatti, non potrà essere sostituito nella medesima struttura da un altro medico non obiettore, il rilascio della documentazione necessaria per praticare l'intervento di IVG non potrà essere negato neppure dall'obiettore e ciò non già perché attraverso quell'attività il medico contribuirebbe a determinare l'evento abortivo (dal quale comunque la donna potrebbe desistere anche in seguito all'ottenimento dei documenti), ma perché il suo rifiuto di adempiere ad un obbligo professionale determinerebbe un disservizio nella struttura pubblica, non agevolmente risolvibile. In effetti, il ricorso a procedure selettive del personale (anche) consultoriale con riserva di una quota dei posti a concorso per i soli medici non obiettori, ove volto a rimediare ad una effettiva carenza di tale personale, costituisce un rimedio appropriato a garantire la funzionalità del servizio pubblico e non persegue alcuna finalità discriminatoria.

Del resto, seppur attraverso un percorso argomentativo non proprio lineare, anche il TAR Puglia ha implicitamente riconosciuto la necessità di garantire la presenza di medici non obiettori nel Consultorio, suggerendo per questo all'amministrazione competente di prefigurare in futuro bandi che prevedano un'eguale riserva di posti per medici obiettori e non obiettori. Questa indicazione – che pur non è esente da rilievi critici, atteso che l'eguale riserva di posti potrebbe non rispondere alle effettive esigenze della specifica struttura – evidentemente muove dalla convinzione che i bandi riservati ai soli medici non obiettori costituiscano uno strumento non discriminatorio ed adeguato a contemperare la funzionalità del pubblico servizio, svolto dai Consultori a tutela della salute materna, con la libertà di coscienza del personale sanitario.

¹⁷⁷ Tar Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477.

¹⁷⁸ M.P. IADICICCO, *Obiezione di coscienza all'aborto ed attività consultoriali: per il T.A.R. Puglia la presenza di medici obiettori nei Consultori familiari è irrilevante, ma non del tutto...*, in *Giur. cost.*, 2011, 2000 ss.

¹⁷⁹ Cfr. D. PARIS, *Medici obiettori e consultori pubblici. Nota a T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 14 settembre 2010, n. 3477*, in *www.statoechiase.it*, maggio 2011.

Al contempo, però non si può far a meno di rilevare che lo strumento dei bandi riservati, pure ove congegnato sulle specifiche esigenze dei consultori, se non accompagnato da una preliminare chiarificazione delle attività che il medico obiettore può e non può legittimamente rifiutarsi di compiere, darebbe luogo a disparità di trattamento ed incertezze operative.

Questa osservazione ci porta ad analizzare il diverso percorso compiuto, in questo ambito, da un'altra Regione. Nel 2014, il Presidente e Commissario *ad Acta* della Regione Lazio, all'esito di una procedura che ha visto la partecipazione dei rappresentanti dell'amministrazione sanitaria, rilevata la necessità di potenziare ed *omogeneizzare* le attività svolte dai Consultori familiari regionali, ha approvato le «Linee di indirizzo regionali per le attività dei consultori familiari». Per quanto concerne specificamente l'esercizio dell'obiezione di coscienza da parte di medici ginecologi, il provvedimento regionale, nel «ribadire» che il personale consultoriale non è coinvolto direttamente nell'effettuazione degli interventi di IVG, ma soltanto in attività di attestazione dello stato di gravidanza e certificazione della richiesta della donna di voler praticare l'aborto, ha implicitamente negato la possibilità per questi di avvalersi della facoltà di cui all'art. 9 della l. n. 194/78.

A seguito dell'impugnazione del provvedimento da parte del Movimento per la Vita Italiano e dall'Associazione Italiana Ginecologi Ostetrici cattolici, all'esito del giudizio, il TAR Lazio, sez. III *quater*, con la sentenza 2 agosto 2016 n. 8990, ha respinto le doglianze dei ricorrenti, precisando preliminarmente che esse tendevano sostanzialmente a rimettere in discussione posizioni abortiste e antiabortiste, le quali hanno già trovato composizione nella legge n. 194 del 1978. Secondo il giudice di prime cure¹⁸⁰ il provvedimento regionale non ha violato la libertà di coscienza dei medici obiettori, in quanto l'attività di assistenza e certificatoria da questi svolta non è specificamente e necessariamente rivolta all'IVG, atteso che dopo il rilascio della documentazione la donna può recedere dal proposito abortivo prima manifestato e, pertanto, trattandosi di attività meramente preliminari non «legate in maniera indissolubile, in senso spaziale, cronologico e tecnico»¹⁸¹ al processo interruttivo della gravidanza vero e proprio, esse non sono coperte da obiezione di coscienza.

Sebbene questo indirizzo interpretativo non sia esente, come già detto, da rilievi critici, merita di essere rimarcato come il TAR Lazio, nell'accogliere l'impostazione della difesa regionale, abbia ricondotto anche l'attività certificatoria svolta dai ginecologi consultoriali all'adempimento di doveri professionali, ovvero a quel complesso di attività che implica una serie di conoscenze specialistiche proprie della professione medica. Come si preciserà meglio di qui a poco, l'analisi dell'istituto dell'obiezione di coscienza non può prescindere dalla preminente considerazione dei doveri e degli obblighi con cui impatta il suo esercizio. Sem-

¹⁸⁰ È al momento pendente il giudizio di secondo grado dinanzi al Consiglio di Stato.

¹⁸¹ In questo passaggio, il TAR Lazio ha richiamato esplicitamente la sentenza della Cassazione penale 27 novembre 2012 n. 14979, relativa ad un caso di obiezione di coscienza all'aborto farmacologico. La Suprema Corte, confermando la sentenza di condanna a un anno di reclusione per omissione di atti d'ufficio – integrata dall'interdizione dall'esercizio della professione medica – nei confronti di una guardia medica, obiettore di coscienza, che aveva rifiutato l'assistenza nei confronti di una donna nella fase di espulsione dell'embrione, ha escluso che l'esonero possa interessare l'assistenza medica prima o dopo l'IVG praticato mediante somministrazione farmacologica.

pre in questo senso, è altrettanto significativo il richiamo operato dal giudice amministrativo alla necessità di contemperare la libertà di coscienza del personale sanitario con il diritto costituzionale alla salute e con l'esigenza di garantire l'erogazione dei LEA, tra i quali rientrano anche le attività assegnate al Consultorio. Meno condivisibile è invece l'affermazione secondo la quale «la regolare erogazione del servizio di IVG in ogni Regione non può non passare» per il consultorio; invero, la legge n. 194/78 reca la possibilità per la donna di ottenere i medesimi documenti anche rivolgendosi ad un proprio medico di fiducia e, come si evince dai lavori preparatori della legge, l'allargamento delle figure professionali deputate al rilascio della documentazione risponde alla necessità, già avvertita in quegli anni, di evitare che il massiccio ricorso all'obiezione di coscienza da parte del personale incardinato nelle strutture pubbliche potesse impedire l'acquisizione della documentazione necessaria. Tuttavia, la valorizzazione del ruolo del consultorio e la responsabilizzazione del personale ivi operante, cui evidentemente mira il provvedimento regionale in esame, costituiscono obiettivi senz'altro legittimi, ma anche idonei ad evitare "la fuga dal pubblico", che, pur se non estremizzata fino al punto da favorire la clandestinità degli aborti, si rivela oltremodo dannosa per la donna, la quale viene così privata di un adeguato supporto specialistico, garantito dalla professionalità del personale consultoriale. Infatti, sebbene anche il medico di fiducia scelto dalla donna sia tenuto al compimento non soltanto degli accertamenti sanitari necessari all'intervento abortivo, ma anche allo svolgimento dell'attività di informazione, consulenza e assistenza psicologica¹⁸², non necessariamente questo medico sarà in possesso delle specifiche competenze richieste per l'efficace espletamento di tali compiti, laddove invece è più probabile che il personale consultoriale abbia maturato specifiche capacità, anche di natura comunicativa e relazionale, in tal senso, partecipando ai corsi di aggiornamento promossi dalle Regioni ai sensi dell'art. 15 della legge n. 194.

Prima di passare ad analizzare un'altra vicenda che ha visto coinvolta sempre la Regione Lazio sul tema dell'obiezione di coscienza alle pratiche abortive, va osservato che i provvedimenti regionali dapprima analizzati muovevano da una differente interpretazione dell'ambito di applicazione dell'art. 9 della l. n. 194/78, da cui sono scaturite diverse regolamentazioni organizzative del servizio: da un lato, la Regione Puglia, riconoscendo implicitamente la legittimità dell'esonero dei medici consultoriali obiettori dal compimento di alcune attività¹⁸³, era ricorsa allo strumento dei bandi "riservati" per garantire la continuità del servizio; dall'altro lato, la Regione Lazio, sempre in vista del potenziamento del ruolo dei Consultori pubblici, ma avuto riguardo anche all'esigenza di specificarne i compiti, aveva escluso che l'attività ivi svolta dai ginecologi potesse rientrare tra quelle coperte da obiezione di coscienza.

¹⁸² Cfr. L. CHIEFFI, *Aborto e Costituzione*, cit., 137; A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1/2015, 138, la quale evidenzia che su tutte le strutture individuate dalla legge n. 194 grava un dovere organizzativo che si estende a «tutto il percorso» compiuto dalla donna, un percorso che non si esaurisce e estingue con la semplice erogazione delle prestazioni mediche dovute.

¹⁸³ Non trova invece giustificazione la riserva dei posti a concorso per personale ostetrico non obiettore, in quanto, al di fuori della certificazione che compete al personale medico, le altre attività che si svolgono all'interno del Consultorio non sono obiettabili. Così A. PIOGGIA, *op. ult. cit.*, 136.

10. Quali garanzie di effettivo espletamento degli interventi aborti? Dai bandi “riservati” ai non obiettori ad un rinnovato impegno della Repubblica nella tutela della salute riproduttiva

Su di un piano contiguo, ma diverso rispetto a quello dapprima indagato, si pongono altri recenti casi concernenti l’obiezione di coscienza all’aborto. Essi sono sorti a seguito dell’indizione, da parte di alcune Amministrazioni sanitarie (tra le quali ancora quella laziale), di procedure selettive finalizzate all’assunzione di personale medico da destinarsi ai servizi di IVG, in applicazione della legge n. 194/78¹⁸⁴.

Prima di specificare nel dettaglio la portata di tali atti e di valutarne l’adeguatezza rispetto al fine perseguito, è bene precisare che la garanzia dell’espletamento degli interventi di IVG presenta non trascurabili differenze rispetto a quella dello svolgimento delle procedure propedeutiche all’aborto vero e proprio. Innanzitutto, solo riguardo al primo tipo di prestazioni non sorgono dubbi sulla loro riconducibilità nell’ambito di applicazione dell’art. 9, l. n. 194/78, in quanto tra l’attività svolta dal medico, chiamato ad effettuare l’intervento (chirurgico o farmacologico), e l’evento abortivo (la cessazione dei processi vitali dell’embrione) sussiste un nesso di causalità necessaria tale da consentire certamente l’esonero dell’obiettore dal compimento della medesima¹⁸⁵. A tal proposito, quindi, non si pongono rilevanti problemi di definizione dello spazio di operatività della clausola di coscienza che, invece, come si è visto, investono le attività propedeutiche all’intervento.

In secondo luogo, a marcare la differenza tra le due fasi attraverso le quali si dipana il procedimento di IVG, sta la restrizione delle strutture a cui la donna può accedere: come già precisato, se per le attività di informazione e consulenza, nonché per gli accertamenti medici e il rilascio della documentazione necessaria, la gestante può rivolgersi, oltre che alle strutture pubbliche, anche ad un medico di propria fiducia, per quanto concerne l’intervento abortivo, ai sensi dell’art. 8, l. n. 194/78, esso può avvenire solo presso un ospedale pubblico generale o specializzato, nonché presso istituti ed enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che

¹⁸⁴ Azienda ospedaliera San Camillo Forlanini, “Indizione concorso pubblico, per titoli ed esami, per la copertura, a tempo indeterminato, di 1 posto di Dirigente Medico disciplina Ostetricia e Ginecologia (da destinare al Settore del Day Hospital e Day Surgery) per l’applicazione della Legge 194/1978 - interruzione volontaria della gravidanza -”, autorizzato da Commissario ad Acta con decreto del 8 giugno 2015, n. U00227. Azienda ospedaliera universitaria Policlinico Umberto I, “Selezione pubblica, per titoli e colloquio, per il reperimento di n. 2 laureati in medicina e chirurgia specialisti in ostetricia e ginecologia per il conferimento di un incarico di collaborazione coordinata e continuativa della durata di un anno, eventualmente rinnovabile, per l’esclusiva e totale applicazione della legge n. 194/78”. Azienda ospedaliera Pugliese Ciaccio di Catanzaro, “Indizione avviso di selezione pubblica per soli titoli a n. 1 posto di dirigente medico – Ruolo sanitario – Area di Chirurgia e delle specialità chirurgiche – Disciplina – Ginecologia e Ostetricia – Tipologia rapporto di lavoro a tempo determinato – Per un periodo di mesi sei – Da assegnare alla struttura I.V.G. di questa azienda ospedaliera per l’applicazione della legge 194/1978 – Interruzione volontaria della gravidanza – Riservato ai soli dirigenti medici non obiettori di coscienza”. Azienda sanitaria provinciale di Ragusa, “Avviso per titoli per la formulazione di graduatoria da utilizzare per il conferimento di un incarico temporaneo di Dirigente medico di Ginecologia e Ostetricia, finalizzato anche all’esecuzione delle prestazioni di IVG e riservato ai soli dirigenti medici non obiettori di coscienza”.

¹⁸⁵ Sulla differente posizione dei soggetti che partecipano, a vario titolo, al procedimento abortivo, V. ONIDA, *L’obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari*, in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell’obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1992, 371.

esercitano l'assistenza ospedaliera, e presso ospedali religiosi acattolici (sempre che i rispettivi organi di gestione ne facciano richiesta). Unicamente per l'IVG nei primi novanta giorni la legge amplia il novero delle strutture accessibili ricomprendendovi anche le case di cura autorizzate dalla Regione (purché fornite di requisiti igienico-sanitari e di adeguati servizi ostetrico-ginecologici) e i poliambulatori pubblici.

In terzo luogo, solo con riferimento all'effettuazione degli interventi, la legge n. 194/78 reca un'esplicita clausola di garanzia, prevedendo al comma 4° dell'art. 9, che, pur a fronte di una significativa presenza di personale obiettore, gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenute comunque ad assicurare queste prestazioni sanitarie e spetta alla Regione vigilare sull'effettività di tali adempimenti, eventualmente da garantirsi anche mediante la mobilità del personale.

Il quadro normativo in materia, per quanto scarno, restituisce una chiara visione del tema o quanto meno delle sue linee essenziali: un riconoscimento ampio del diritto a sollevare obiezione di coscienza da parte dei medici chiamati ad effettuare gli interventi; nessuna prestazione sostitutiva a carico degli obiettori¹⁸⁶; adempimenti formali tutt'altro che gravosi¹⁸⁷; salvaguardia del diritto della donna di ottenere l'intervento di IVG. Ebbene, la linearità del quadro normativo è oramai da moltissimi anni sottoposta a una continua e pervicace opera di deformazione soprattutto a causa dell'implosione del numero di medici obiettori di coscienza, un fenomeno, questo, che se associato ad una sua espansione spaziale, tale da coprire l'intero territorio regionale, rischia di rendere ancor più gravosa la predisposizione di "contromisure" appropriate ed efficaci a garantire l'effettività del diritto di accesso all'IVG. Si pensi solo che al ricorrere di una simile evenienza, l'unico rimedio esplicitamente prefigurato nella legge – il ricorso alla mobilità del personale – finisce per rivelarsi inadeguato, se non del tutto impraticabile.

Nonostante si tratti di un dato noto, costantemente accertato e riportato nelle Relazioni sull'attuazione della legge n. 194/78 presentate annualmente al Parlamento, la continua espansione dell'obiezione di coscienza e le sue ricadute sull'operatività della normativa vigente in materia sono state a lungo sottovalutate, specie da parte delle Regioni¹⁸⁸, pur tenute

¹⁸⁶ Criticamente sul punto S. RODOTÀ, *Perché laico*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 34 ss.; S. PRISCO, *Aborto e autodeterminazione della donna: profili problematici*, in L. Chieffi - J.R. Salcedo Hernández (a cura di), *Questioni di inizio vita*, cit., 539; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 177.

¹⁸⁷ Ai sensi dell'art. 9 la dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata al medico provinciale e, nel caso di personale dipendente dell'ospedale o dalla casa di cura, anche al direttore sanitario, entro un mese dall'entrata in vigore della presente legge o dal conseguimento della abilitazione o dall'assunzione presso un ente tenuto a fornire prestazioni dirette alla interruzione della gravidanza o dalla stipulazione di una convenzione con enti previdenziali che comporti l'esecuzione di tali prestazioni. L'obiezione può sempre essere revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al precedente comma, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione al medico provinciale».

¹⁸⁸ Ma non solo da parte delle Regioni; anche da parte del Governo centrale – titolare, tra l'altro, del potere sostitutivo in casi di inadempienza regionale (v. *infra*) –, v'è stata una protratta trascuratezza nel considerare gli effetti pregiudizievoli, sull'effettività della legge n. 194/78, derivanti da una pluralità di fenomeni, tra i quali certamente la "implosione" dell'obiezione di coscienza. Come evidenziato da G. BRUNELLI, *op. cit.*, 871, anche nelle Relazioni annuali del Ministero della salute i toni utilizzati nella illustrazione dei dati statici denotano una tendenza «a minimizzare gli aspetti problematici dell'applicazione della legge».

ad erogare una prestazione ricompresa nei LEA. Invero nel corso degli anni, per garantire l'esecuzione degli interventi di IVG in presenza di un elevato numero di obiettori, le aziende ospedaliere sono ricorse prevalentemente all'utilizzo di personale in convenzione; non sono mancate però decisioni di più ampia portata come quelle volte all'incremento della dotazione organica all'esito dello svolgimento di concorsi pubblici riservati al solo personale sanitario non obiettore di coscienza. Sul punto, si è formata nel corso degli anni una giurisprudenza non particolarmente nutrita, tra l'altro piuttosto risalente, e almeno *prima facie* profondamente contraddittoria¹⁸⁹.

Il tema è recentemente tornato sotto i riflettori per il clamore suscitato dall'assunzione, nel marzo del 2017, presso l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini di Roma, di due dirigenti medici specializzati in Medicina e Ostetricia, reclutati all'esito di una procedura concorsuale dalla "lunga gestazione"¹⁹⁰ e sostanzialmente – anche se non esplicitamente¹⁹¹ – volta a selezionare solo medici non obiettori di coscienza. Non si è trattato di un caso isolato: nella stessa Regione Lazio, dove si registra una percentuale molto alta di medici obiettori, sul finire del 2015, il Policlinico Umberto I aveva avviato un'altra selezione pubblica per il conferimento di un incarico di collaborazione coordinata e continuativa a laureati in Medicina e Chirurgia, specialisti in Ginecologia, da adibire alla «esclusiva e totale applicazione» della legge n. 194/78. Ed ancora, anche presso strutture sanitarie di altre Regioni sono state avviate selezioni per il conferimento di incarichi a tempo determinato riservati esclusivamente ed esplicitamente a personale non obiettore di coscienza.

Come si è già accennato, bandi di concorso di questo genere non costituiscono una novità nell'esperienza applicativa della legge n. 194/78, ma il loro recente riutilizzo, con non marginali aggiustamenti, deve essere necessariamente contestualizzato. Prima di appurare la legittimità degli stessi va infatti precisato che il rinnovato attivismo dell'amministrazione sanitaria, a garanzia dell'effettività del servizio pubblico di IVG, può ritenersi una delle risultanti¹⁹² delle recenti decisioni di condanna dell'Italia da parte del Comitato Europeo dei Diritti Sociali¹⁹³. Pur non potendo in questa sede dilungarsi sulla portata e sulle ricadute interne di

¹⁸⁹ TAR Liguria, sent. n. 396/1980; TAR Emilia Romagna, sez. Parma, sent. n. 289/1982; TAR Campania, sent. n. 78/1989, sulle quali si rinvia alle osservazioni di D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 192 ss.; L. CAPPUCCIO, S. PRISCO, *Obiezione di coscienza e trattamenti sanitari obbligatori*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, cit., 64.

¹⁹⁰ I principali passaggi della lunga vicenda sono compiutamente ricostruiti da A. ARCURI, *Il diritto ai tempi dell'obiezione di coscienza*, cit., 2 ss.

¹⁹¹ È bene puntualizzare che il bando di concorso del San Camillo (come quello del Policlinico Umberto I di Roma) non reca alcuna clausola di esplicita riserva per non obiettori. La "riserva" si evince indirettamente dal bando e dagli atti presupposti che individuano specificamente le mansioni cui sarà destinato il medico una volta assunto.

¹⁹² Non l'unica, in quanto anche nell'attività di monitoraggio dello stato di attuazione della legge n. 194 – che costituisce, a ben vedere, lo stesso presupposto per l'adozione di misure organizzative appropriate alla soluzione di disfunzioni operative – si registrano dei miglioramenti. Sul punto, cfr. L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN. Obiezione di coscienza e garanzia dei servizi per le interruzioni volontarie di gravidanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 7 ss.

¹⁹³ Comitato europeo dei diritti sociali, decisioni del 10 marzo 2014 e dell'11 aprile 2016, relative, rispettivamente, ai reclami collettivi n. 87/2012, *International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy*, e n. 91/2013, *CGIL v. Italy*.

tali pronunciamenti¹⁹⁴, resi all'esito di due reclami collettivi, non si può non evidenziare che la rilevata violazione dei diritti riconosciuti nella Carta sociale europea (segnatamente del diritto alla salute delle donne nell'accesso all'IVG e del diritto al lavoro dei medici non obiettori) derivino non tanto dal mero fatto dell'alta percentuale di personale obiettore di coscienza, quanto dalla carenza di adeguati strumenti di carattere organizzativo volti a garantire l'effettività del servizio, nonostante la presenza degli obiettori¹⁹⁵. In sostanza, anche le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali hanno contribuito a palesare le rilevanti ricadute dell'organizzazione sanitaria e, in particolare, della gestione del personale, sulla effettiva garanzia del diritto alla salute e a richiamare le istituzioni nazionali competenti all'adempimento di un obbligo esplicitamente enunciato nella legge n. 194/78.

Sempre in vista della chiarificazione del contesto generale entro cui si collocano le più recenti procedure selettive "riservate" a medici non obiettori di coscienza, è indispensabile tener conto almeno di un altro fattore, invero già accennato in questo scritto: non si può trascurare infatti di considerare il complessivo andamento delle risorse destinate al comparto sanitario e, specificamente, le ricadute delle più recenti misure di contenimento della spesa sanitaria sul reclutamento del personale operante nel SSN. A tal riguardo, da una più attenta analisi¹⁹⁶ emergono riscontri particolarmente significativi: in primo luogo, confrontando i dati degli anni 2012-2015 riportati nelle Relazioni annuali del Ministro della salute sulla legge n. 194/78, si evince che, nel corso di questo periodo, le strutture a livello nazionale dotate di riparti di Ostetricia e Ginecologia in cui si effettuano gli interventi di IVG sono complessivamente diminuite. Nel 2014, in alcune Regioni meno del 30% delle strutture complessive presenti sul territorio hanno effettuato l'IVG. E ancora, occorre considerare che anche nei casi in cui si è registrato un decremento dei medici obiettori, questo dato non può essere disgiunto da quello relativo al numero complessivo della categoria: in altre parole, se in alcune Regioni è diminuita la percentuale degli obiettori rispetto al passato, ma si è ridotto contemporaneamente anche il totale dei ginecologi in servizio, si può ipotizzare che in alcune strutture sanitarie la riduzione del personale – soprattutto ove associata al blocco del *turn over* disposto per le Regioni sottoposte ai piani di rientro – abbia reso impossibile la praticabilità degli interventi abortivi, prima garantiti. In definitiva, non si può escludere che anche il perpetrarsi di politiche di mera riduzione della spesa sanitaria – che è cosa ben diversa dalla razionalizzazione della stessa¹⁹⁷ – abbiano contribuito ad accentuare le difficoltà nella concreta ed effettiva erogazione delle prestazioni di IVG.

¹⁹⁴ Per i quali vedi L. BUSATTA, *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy, 11 aprile 2016*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo OnLine*, 2016, 2).

Più in generale, sulla Carta sociale europea, M. D'AMICO E G. GUIGLIA (a cura di), *European Social Charter and the challenges of the XXI century. La Charte Sociale Européenne et les défis du XXIe siècle*, Esi, Napoli, 2014.

¹⁹⁵ M. D'AMICO, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: l'obiezione di coscienza è regola o eccezione in uno stato laico?*, in *Quad. cost.*, 2017, 352.

¹⁹⁶ Accuratamente condotta da L. BUSATTA, *Insolubili aporie e responsabilità del SSN*, cit., 10 s.

¹⁹⁷ Riferimenti espliciti in tal senso, sono rinvenibili anche nella più recente giurisprudenza costituzionale, ove si precisa che l'esercizio della competenza legislativa statale in materia di principi fondamentali per il «coor-

Sulle conseguenze, in termini di “costi economici”, degli interventi di riorganizzazione dei servizi di IVG si tornerà di qui a poco; conta ora evidenziare che la decisione assunta da alcuni enti ospedalieri di ricorrere allo strumento dei bandi “riservati” si rivela non solo opportuna e appropriata¹⁹⁸, ma anche doverosa e ragionevole, nell’ottica del contemperamento di interessi confliggenti. È bene infatti ricordare che le strutture sanitarie preposte all’effettuazione degli interventi abortivi non possono essere esonerate dalla doverosa erogazione di una prestazione rientrante nei LEA. Non solo, come anche di recente rammentato dal supremo giudice amministrativo¹⁹⁹, non è configurabile, nel nostro ordinamento giuridico, un’obiezione di struttura, ma è la stessa legge n. 194 a porre a carico degli enti ospedalieri un onere organizzativo, che, seppur non specificato in tutte le modalità di estrinsecazione, mira al conseguimento di un preciso obiettivo: assicurare, nonostante la presenza di obiettori di coscienza, la praticabilità degli interventi di IVG. In quest’ottica, dunque, è evidente che le procedure di selezione “riservate” a personale non obiettore rappresentino una delle possibili misure in cui si sostanzia la clausola di cui all’art. 9, co. 4, della l. n. 194/78.

A monte di tale previsione normativa, come anche dei conseguenti provvedimenti organizzativi assunti dall’amministrazione sanitaria, sta l’esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento tra plurimi interessi costituzionali: da un lato, il diritto della donna di ottenere una prestazione sanitaria funzionale a salvaguardare la propria salute psico-fisica; dall’altro il diritto del personale sanitario di sollevare obiezione di coscienza e, dunque, di rifiutare l’adempimento di un obbligo professionale in stridente contrasto con le proprie convinzioni personali. Com’è consustanziale ad un Stato costituzionale, informato al pluralismo assiologico, nessun diritto è assoluto e illimitabile: come non lo è il diritto ad ottenere prestazioni sanitarie, su cui ci si è già a lungo intrattenuti, altrettanto vale per il diritto a sollevare obiezione di coscienza, sebbene tale pretesa²⁰⁰ si ponga, per sua natura, «in tensione verso l’assoluto, così come la morale che lo sorregge»²⁰¹.

Al riguardo, però, si deve precisare, anche sulla scorta di ben più approfonditi studi²⁰², che l’inquadramento più appropriato per le vicende in esame è quello che mira a ricercare un

dinamento della finanza pubblica» ha come «obiettivo principale non tanto il contenimento della spesa in sé, ma piuttosto l’incremento della sua efficienza». Corte cost., sentt. nn. 192/2017; 272/2015.

¹⁹⁸ Sulla legittimità dei bandi “riservati” per garantire l’applicazione della legge n. 194 del 1978, già si si era espresso anni addietro A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, 251.

¹⁹⁹ Cons. Stato, sez. III, sentenza 2 settembre 2014, n. 4460, la quale, pur concernendo un caso diverso dall’aborto – ovvero quello della sospensione delle cure destinate a tenere in vita una persona in stato vegetativo permanente (la nota e triste vicenda di E. Englaro) – ha offerto al giudice amministrativo l’occasione per precisare l’inesistenza di una “obiezione di coscienza di struttura” in quanto «solo gli individui hanno una “coscienza”, mentre la “coscienza delle istituzioni” è costituita dalle leggi che le regolano». Così A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 127 ss.

²⁰⁰ Non si pone, nel caso che ci vede qui impegnati, il problema nodale del possibile riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza al di fuori di specifiche previsioni legislative. Come si è infatti più volte ricordato tale diritto, di sicuro rilievo costituzionale, trova il proprio riferimento nell’art. 9 della l. n. 194/78.

²⁰¹ A. ARCURI, *op. ult. cit.*, 13.

²⁰² F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., *passim*; G. GEMMA, *Obiezione di coscienza ed osservanza dei doveri*, in *Il senso della Repubblica: doveri*, a cura di S. Mattarelli, FrancoAngeli, Milano, 2007.

ragionevole punto di equilibrio non tanto tra diritti confliggenti, quanto piuttosto tra diritti e doveri, gli uni inestricabilmente legati agli altri. Come compiutamente argomentato da un'attenta dottrina²⁰³, se non si vuole alterare l'equilibrio tra diritti e doveri, che è la trama fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, è indispensabile evitare l'esercizio abusivo di un diritto costituzionale a rilevanza sociale, qual è l'obiezione di coscienza²⁰⁴. Detto diversamente, sempre nell'ottica di preservare quell'equilibrio, la previsione di strumenti funzionali a garantire l'effettiva continuità e certezza del servizio sanitario di IVG (e la sua uniformità sul territorio nazionale) si pone come passaggio ineludibile, in quanto l'obbligo posto dal comma 4 dell'art. 9 della legge n. 194/78²⁰⁵ va ricondotto all'inderogabile dovere della Repubblica di tutelare la salute. In questo senso, non si può quindi dubitare della necessità di adottare misure a garanzia dell'effettiva tutela del diritto alla salute della donna, strumentalmente dipendente dall'adempimento di corrispondenti doveri pubblici, onde evitare, appunto, che comportamenti omissivi, certamente leciti, e anch'essi costituzionalmente fondati, quali quelli rivendicati dal personale obiettore di coscienza, determinino un irreparabile pregiudizio per altri interessi o beni di rilievo costituzionale, tra i quali certamente va ricompreso anche il buon funzionamento della Pubblica Amministrazione²⁰⁶.

A tal proposito, resta comunque da verificare se l'assunzione di personale sanitario non obiettore costituisca, oltre che uno strumento necessario e idoneo allo scopo, anche una misura proporzionata, tale cioè da non pregiudicare eccessivamente e definitivamente la libertà di coscienza dei medici chiamati a praticare l'IVG. Una delle questioni più insidiose, poste dal ricorso a forme di selezione che esplicitamente o implicitamente escludono gli obiettori di coscienza²⁰⁷, è quella delle conseguenze derivanti da un ricorso alla clausola di

²⁰³ F. GRANDI, *op. ult. cit.*, 183 ss.

²⁰⁴ In tal senso, v. anche C. PICIOCCHI, *Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2016, 121.

²⁰⁵ Un obbligo, questo, che secondo A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, cit., 137, non può certo tramutarsi «in una sorta di "obligatio diabolica"», legislativamente prevista, ma effettivamente irrealizzabile.

²⁰⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 467/91, nella quale si evidenzia che l'esigenza costituzionalmente avvertita di salvaguardare la coscienza individuale, sottesa alla previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili, va comunque bilanciata «con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale» onde «non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale».

²⁰⁷ Non v'è chi non abbia messo in dubbio – soprattutto in ambienti cattolici – la legittimità "a monte" di selezioni pubbliche rivolte, esplicitamente o implicitamente, ai soli non obiettori di coscienza, paventando una violazione del principio di eguaglianza determinata dal fatto che, con clausole espulsive di questo genere, coloro che per ragioni di coscienza rifiutano di praticare l'IVG saranno inevitabilmente discriminati rispetto ad altri candidati non obiettori non potendo, di fatto, i primi partecipare ad una selezione all'esito della quale sarebbero chiamati a compiere attività che essi rifiutano per ragioni di coscienza. Invero come ampiamente argomentato, i bandi riservati a personale non obiettore, lungi dal perseguire un intento discriminatorio, costituiscono una delle possibili misure attraverso le quali l'ente ospedaliero adempie all'obbligo legale sancito dall'art. 9, co. 4, l.n. 194/78, a sua volta da ricondursi all'adempimento di veri e propri doveri costituzionali.

Come precisato da S. TALINI, *Interruzione volontaria di gravidanza*, cit., 11-12, si tratterebbe di "bandi funzionali", «diretti cioè ad individuare non una determinata figura professionale, ma una serie di specifiche prestazioni lavorative funzionali all'espletamento di attività sanitarie obbligatorie»; ponendosi dunque l'accento sul profilo oggettivo e non sulle caratteristiche soggettive dei candidati, si può certamente escludere la violazione del principio di non discriminazione. In tal senso anche B. LIBERALI, *"Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194": una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regio-*

coscienza nel corso del rapporto di lavoro²⁰⁸. In effetti la stessa legge n. 194 consente di presentare la relativa dichiarazione non solo entro un mese dall'assunzione, ma anche oltre questo termine (posticipandone però la produzione degli effetti²⁰⁹), con ciò implicitamente riconoscendo che la decisione di sollevare obiezione di coscienza alle pratiche abortive possa maturare "in corso d'opera". La mancata delimitazione di un arco temporale entro il quale far valere quella facoltà, sebbene comprensibile e giustificabile alla luce del valore riconosciuto alla coscienza individuale²¹⁰, dà luogo tuttavia a problematiche ancor più complesse proprio quando la dichiarazione "tardiva" provenga da un soggetto assunto all'esito di un concorso riservato a non obiettori. Sebbene si nutrano significativi dubbi di legittimità nei riguardi di eventuali clausole del bando che negassero la possibilità di sollevare obiezione dopo l'assunzione, trattandosi di ipotesi non contemplata – o meglio, implicitamente negata – dalla legge n. 194/78, ed escluso che la partecipazione a procedure selettive di questo tipo possa intendersi come rinuncia implicita ad avvalersi della stessa in futuro, non si può non prendere atto che l'obiezione sopravvenuta – o forse potremmo dire, il "ripensamento" da parte del medico, che pur aveva partecipato ad un concorso in vista dello svolgimento di attività volte a determinare l'aborto – ripresenta, se non aggrava, le problematiche organizzative che avrebbe dovuto risolvere.

ni?, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2017, 12; L. BUSATTA, *op. ult. cit.*, 21; D. PARIS, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: portata dell'obiezione di coscienza e problemi di attuazione della legge*, in *Quad. cost.*, 2017, 356, V. BALDINI, *Obiezione di coscienza e... altri diritti*, in *Diritti fondamentali.it*, n.1/2017, 4-5.

²⁰⁸ Come è stato però rilevato da A. BURATTI, *Sui bandi di concorso per medici non obiettori: problemi applicativi e ricadute sul rapporto di lavoro*, in *Quad. cost.*, 2017, 359, bisogna tenere distinti i momenti nei quali sopraggiunge l'obiezione di coscienza da parte del medico vincitore della selezione, in quanto diverse saranno le conseguenze prefigurate dall'ordinamento giuridico. Nel caso in cui la dichiarazione di obiezione venga presentata dal medico nel corso del periodo di prova, l'amministrazione sanitaria può procedere al recesso dal rapporto di lavoro, poiché il medico assunto non risulterebbe adeguato allo svolgimento delle mansioni richieste nel bando. Mentre nel caso in cui l'obiezione sopraggiunga dopo il perfezionamento del rapporto di lavoro, la posizione contrattuale del medico è maggiormente tutelata, tanto più se si considera che, nell'ambito di un rapporto di lavoro di natura pubblicistica, un eventuale licenziamento da parte dell'amministrazione sanitaria, giustificato dall'intervenuto esubero di quell'unità di personale, dovrebbe essere preceduto dall'impossibilità di assumere decisioni meno drastiche sulla posizione lavorativa del medico, prima fra tutte la possibilità di collocamento altrove in mobilità. Così anche L. BUSATTA, *op. ult. cit.*, 20.

²⁰⁹ Che decorreranno dopo un mese dalla presentazione della dichiarazione.

²¹⁰ Non si sottovaluta ovviamente il rischio, anche a tal riguardo, di un abuso del diritto, ovvero della possibilità di dichiarare inizialmente la propria disponibilità allo svolgimento delle mansioni richieste, per poi dichiarare successivamente di volersi avvalere dell'obiezione di coscienza.

Più in generale, non mancano aspre critiche alla diffusione dell'obiezione di coscienza tra il personale sanitario ritenuta una "scelta di comodo", anche perché vantaggiosa in quanto l'obiettore non è, nel caso di specie, tenuto ad adempiere ad alcuna prestazione sostitutiva. V. *retro* nota n. 184. Quanto invece ai motivi reali che spingono così tanti medici e personale parasanitario ad avvalersi della facoltà di cui all'art. 9 della legge n. 194/78, si possono formulare solo ipotesi, essendo impossibile verificare la sincerità della dichiarazione.

Ad ogni modo, v'è un dato difficilmente confutabile e cioè che, come efficacemente detto da A. PIOGGIA, *Diritto all'aborto e organizzazione sanitaria, ovvero del diavolo nei dettagli*, in *Medicina nei secoli*, 2016, 16, la «obiezione chiama obiezione». In effetti, il difficile contesto professionale in cui i non obiettori sono chiamati a lavorare può realmente spingere a ricorrere alla clausola di coscienza per poter beneficiare di un'esenzione "a costo zero" particolarmente diffusa.

Sulle discriminazioni a carico dei non obiettori, su cui gravano, in via esclusiva, l'adempimento delle prestazioni di IVG e l'impossibilità di svolgere altri compiti, si veda il reclamo collettivo n. 91/2013, *CGIL v. Italy*, e la decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali dell'11 aprile 2016, che ha rinvenuto la violazione degli artt. 1 e 26 della Carta Sociale Europea.

Al riguardo, si deve rammentare che la legittimità dei bandi “riservati”, recanti cioè implicitamente o esplicitamente clausole espulsive nei confronti degli obiettori di coscienza all’aborto, riposa proprio sull’esigenza di rimediare ad una specifica carenza dell’organico: la mancanza o l’insufficienza di personale disposto a svolgere le attività che gli obiettori legittimamente rifiutano di compiere. Nel momento in cui, a seguito della selezione, al direttore dell’ente ospedaliero, che aveva avviato e concluso la procedura, pervenisse la dichiarazione da parte del vincitore di avvalersi dell’obiezione di coscienza, nel giro di un mese in quella struttura si riproporrà il problema di come garantire la prestazione di IVG²¹¹. Per quanto paradossale possa apparire, in quella stessa azienda ospedaliera, che si era già attivata per adempiere l’obbligo legale di cui all’art. 9, co. 4, della l. n. 194/78, l’amministrazione sanitaria sarà chiamata nuovamente ad assumere decisioni organizzative per “rimediare” al venir meno del “primo rimedio”.

Difficile immaginare che una soluzione in passato preclusa, come quella della mobilità, possa divenire in seguito percorribile; se così fosse certamente l’ente ospedaliero potrebbe provvedere in quel senso. Tuttavia è molto più probabile che, ancora una volta, l’unica decisione organizzativa praticabile sia l’indizione di una nuova procedura concorsuale riservata a personale non obiettore. A ben vedere, però, tale decisione – tra l’altro non definitivamente risolutiva, potendo comunque sopravvenire l’obiezione di coscienza da parte del vincitore del nuovo concorso – si presenta come particolarmente onerosa in termini economici, oltre che ovviamente sociali; basti pensare alle conseguenze negative, in termini di garanzia della effettività e tempestività degli interventi di IVG, derivanti dal decorso del tempo per perfezionare simili procedure.

Di qui l’emersione di un dubbio di fondo, che potremmo sintetizzare nel seguente quesito: atteso che l’assunzione di nuovo personale determinerebbe un aumento delle spese²¹², potrebbe l’amministrazione sanitaria, in una situazione di penuria di risorse, evitare tale eventualità comprimendo il diritto all’obiezione di coscienza dei medici? Detto diversamente e riprendendo una categoria già indagata in questo scritto, ci si dovrebbe chiedere, insomma, se il diritto all’obiezione di coscienza possa essere ritenuto un «diritto finanziariamente condizionato», esercitabile cioè solo nei limiti in cui dallo stesso non derivi un eccessivo e insostenibile aggravio di spese per l’amministrazione sanitaria pubblica.

²¹¹ Cfr. L. BUSATTA, *op. ult. cit.*, 17.

²¹² A questo proposito, giova ricordare quanto accaduto nel “caso San Camillo”: prima dell’emanazione del bando di concorso in parola si era posta la questione della conciliabilità dell’assunzione di nuovo personale con le previsioni del Piano di rientro dai disavanzi sanitari della Regione Lazio, nella parte in cui esso, ai fini del contenimento delle spese per il personale, dispone il blocco del turn-over. Va però precisato che la l.r. n. 14/2008, all’art. 1 co. 75, consente di derogare al divieto in parola per il «reclutamento di profili infungibili e indispensabili al fine del mantenimento dei LEA», purché preventivamente autorizzati dal Commissario *ad acta*. Tale autorizzazione è intervenuta, nel caso di specie, con il Decreto dell’8 giugno 2015 con il quale il Commissario ha autorizzato il Direttore Generale dell’A.O. San Camillo all’indizione di un concorso pubblico per l’assunzione di nuovo personale medico, «previo eventuale infruttuoso avviso pubblico a livello nazionale di mobilità». Quanto alle precisazioni delle mansioni richieste per il personale da assumere, nel Decreto commissariale si precisava che l’eventuale assunzione di medici obiettori avrebbe dato luogo ad un contrasto con le disposizioni del Piano di Rientro in quanto avrebbe comportato «l’assunzione di professionalità non necessarie alle esigenze della specifica struttura richiedente, comportando un inutile aggravio di costo a carico del SSR».

Se non si temesse di entrare in contraddizione con quanto precedentemente sostenuto, riguardo al diritto di accesso alla PMA, si potrebbe essere indotti a dare una risposta positiva a quest'ultima domanda. Sennonché, proprio per le medesime ragioni per cui, nella prima parte di questa riflessione, si è escluso che il ricorso alle tecniche di fecondazione assistita (omologa ed eterologa), ove volto a rimediare ad un problema di salute riproduttiva, possa essere subordinato alla disponibilità di risorse economiche da parte dell'amministrazione sanitaria, così ora, con riguardo all'obiezione di coscienza all'aborto, riteniamo che l'esercizio di questo diritto, anch'esso di rilievo costituzionale, non possa essere condizionato dalla sua non onerosità per il bilancio della pubblica amministrazione. Eppure, ancora una volta, a seguito di tale affermazione, riemerge quella "banale verità" già prima evocata: anche l'obiezione di coscienza – come ogni altro diritto – *costa*; il suo esercizio, ove non adeguatamente regolamentato, ha evidentemente dei costi sociali, ma, non di meno, comporta rilevanti costi economici e se per questi ultimi di pongono "soltanto"²¹³ problemi di copertura, i primi rinviano a questioni ben più complesse.

In effetti, laddove ci si concentrasse esclusivamente sull'impatto economico dell'espansione dell'obiezione di coscienza, si potrebbe senz'altro apprezzare la proposta, da più parti avanzata, di modificare il sistema normativo vigente introducendo una decurtazione alla retribuzione dei medici obiettori. Una simile misura, lungi dall'assumere un significato punitivo nei riguardi di chi per ragioni di coscienza rifiuta di praticare interventi abortivi, potrebbe avere l'effetto di disincentivare le obiezioni di comodo, tanto più probabili atteso che gli obiettori non sono gravati di alcuna prestazione sostituiva. In tal senso, la riduzione stipendiale verrebbe a configurarsi come una sorta di "compartecipazione", da parte del medico obiettore, alle spese che la sanità pubblica, finanziata in prevalenza dalla fiscalità generale, incontra in ragione dell'esercizio di un suo diritto. Si tratterebbe, in sostanza, di un aggravio economico commisurato alla disfunzione organizzativa che l'obiezione comporta, che ovviamente sarà più consistente quando l'esenzione dall'obbligo professionale dovrà essere riconosciuta a chi è stato assunto proprio per garantire l'adempimento di una specifica prestazione²¹⁴.

Tuttavia, com'è stato prontamente rilevato in dottrina²¹⁵, tale soluzione potrebbe avere esiti dissuasivi reali solo nei confronti dei professionisti più "bisognosi", maggiormente sensibili cioè alla leva economica, laddove invece, un deterrente più persuasivo potrebbe essere quello di penalizzare gli avanzamenti di carriera di quei medici, che pur avendo partecipato a procedure selettive per la quota riservata ai non obiettori, si siano successivamente avvalsi della facoltà di cui all'art. 9, l. n. 194/78.

A ben vedere, però, non ci sembra sia questo il *punctum crucis* delle vicende qui esaminate. Pur ritenendo che alcune forme di disincentivazione economica possano costitui-

²¹³ L'uso delle virgolette denota, com'è intuibile, il ricorso ad un eufemismo.

²¹⁴ A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, cit., 138: «non c'è dubbio che la disfunzione creata dall'obiezione di coscienza di chi sia stato assunto in quanto non obiettore sia tra le più consistenti per l'organizzazione della struttura».

²¹⁵ F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., 183.

re adeguate contromisure all'espansione incontrollata dell'obiezione di coscienza all'aborto da parte del personale sanitario, ad avviso di scrive il profilo economico del fenomeno è sì rilevante, ma non determinante. Tra l'altro, non si può neppure escludere che, nonostante la previsione di meccanismi disincentivanti, molti professionisti continuino a sollevare obiezione di coscienza alle pratiche abortive, accettando di sobbarcarsene i costi pur di dimostrare l'autenticità delle proprie convinzioni. Cosa accadrebbe allora «se fossero tutti obiettori *sinceri*»²¹⁶?

Come osservato dallo stesso Autore²¹⁷ che ha posto questo quesito in una recente riflessione sull'obiezione di coscienza all'aborto, una simile domanda sarebbe in realtà mal posta. Anzitutto perché, se ciò dovesse verificarsi, verrebbero meno i presupposti per il riconoscimento legale della fattispecie obiettorica²¹⁸, ma soprattutto, così ragionando, si perderebbe di vista il fondamento costituzionale degli obblighi di cui alla legge n. 194 del 1978, una legge che, come si è avuto modo di appurare, è finalizzata a garantire plurimi interessi di rilievo costituzionale, assunti in una valenza non assoluta, rispetto ai quali vengono individuate compiti e funzioni *pubbliche* di riconoscimento e tutela²¹⁹.

È questa la cornice entro la quale va ricondotto il tema dell'obiezione di coscienza all'aborto, da osservarsi secondo una prospettiva che metta dunque in primo piano il dovere di tutela della salute che fa capo all'intera Repubblica (art. 32 Cost.) e, pertanto, impegna ciascuna sua componente ad assumere decisioni politiche e a prefigurare assetti organizzativi a ciò funzionali. Senza alterare il rapporto regola-eccezione nel quale si muove

²¹⁶ L'aggettivazione merita di essere rimarcata, in quanto non va dimenticata la rilevanza penale della condotta del falso obiettore. Come proposto da F. GRANDI, *op. ult. cit.*, 181, «La mendacità della dichiarazione rilasciata ai sensi dell'art. 9 della legge n. 194 potrebbe dunque essere sanzionata da un'apposita fattispecie incriminatrice che si perfezioni nel momento in cui essa (la falsa dichiarazione) sia apprezzabile all'esterno – ossia quando il medico o l'anestesista obiettore abbiano partecipato a procedure abortive nell'esercizio dell'attività intramuraria – in ogni caso assistita dalla pena accessoria dell'interdizione dall'esercizio della professione medica».

Sul rilievo penalistico della condotta dei medici in servizio presso una struttura pubblica, si veda recentemente Cassazione penale, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 1082, secondo la quale integra il reato di concussione, di cui all'art. 317 c.p., la condotta del dirigente medico in servizio presso un reparto di ginecologia di un ospedale pubblico che, speculando sui tempi della procedura legale di interruzione volontaria di gravidanza, abbia spinto le donne gravide, che avevano necessità di abortire in tempi contenuti, ad un aborto illegale a pagamento presso il proprio studio privato. La Corte ha riconosciuto la qualità pubblicistica posta a base della concussione nella strumentalizzazione della pubblica funzione del medico nell'ambulatorio, a nulla rilevando la circostanza che gli aborti clandestini fossero realizzati da professionisti in uno studio privato.

²¹⁷ M. SAPORITI, *Se fossero tutti obiettori? Paradossi e fraintendimenti dell'obiezione di coscienza all'aborto in Italia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, 480.

²¹⁸ E cioè: «l'esistenza di una pluralità di posizioni morali tra i destinatari dell'obbligo giuridico principale; il carattere minoritario delle posizioni degli obiettori, cui è collegata la relativa esigenza di tutela della libertà di coscienza; la possibilità di garantire quegli interessi alla cui tutela è finalizzata la legge oggetto di obiezione (nel caso considerato, il diritto alla salute della donna e all'autodeterminazione in materia procreativa). (...) Quando le condotte dissenzienti finiscono con l'acquistare una dimensione politica e diventano movimento, anche senza dichiararsi tale (in questo senso si è parlato di soggetto politico di fatto), l'obiezione di coscienza degenera in qualcosa di diverso: in una forma legalizzata di disobbedienza civile. È proprio quest'ultima ad esercitare una specifica funzione di propulsione al cambiamento, mettendo in discussione, al di fuori dei metodi democraticamente permessi, scelte politiche degli organi democratici. La disobbedienza, a differenza dell'obiezione, è condotta che si pone nell'antigiuridico: essa non solo contesta apertamente, ad esempio, una legge, ma, indirettamente, anche le modalità con cui l'ordinamento garantisce determinati beni giuridici attraverso quella legge. La disobbedienza civile mascherata da obiezione è un lupo camuffato da agnello». Così M. SAPORITI, *op. cit.*, 480-481.

²¹⁹ B. PEZZINI, *Inizio e interruzione della gravidanza*, cit., 1659

l'obiezione di coscienza, resta dunque compito inderogabile della Repubblica assicurare, effettivamente e in condizioni di uniformità sul territorio nazionale, l'accesso da parte delle donne ad una prestazione medico-sanitaria attraverso la quale si garantisce il loro diritto alla salute riproduttiva. Finora invece, e non senza difficoltà, solo alcune amministrazioni sanitarie si sono attivate per assicurare l'applicazione della legge n. 194/78, senza che, pur a fronte di altre conclamate inadempienze da parte degli enti competenti, il Governo abbia reagito attraverso l'esercizio dei poteri sostitutivi ad esso spettanti ai sensi dell'art. 120, co. 2, Cost. Né sembra che il più recente dibattito sul controverso tema dell'aborto sia stato focalizzato sui reali problemi applicativi della legge n. 194 e sulla ricerca di adeguate soluzioni, restando invece ancora "intrappolato" in quel conflitto tra diritti, ciascuno di rilievo costituzionale, implicati nella vicenda, la cui complessità ha probabilmente agevolato l'occultamento della dimensione dei doveri, che invece, sempre e inevitabilmente, si accompagna a quella dei diritti.

Da ultimo, anche l'attenzione riposta in questo ambito, come in quello della PMA, per le ricadute economiche derivanti dall'espansione dei diritti ha ulteriormente complicato il quadro d'insieme; pur non potendo negare il rilievo di questo ulteriore profilo, ci è parso che il richiamo ad esso abbia talvolta contribuito a giustificare l'inerzia delle istituzioni politiche o comunque a privilegiare concezioni individualistiche dei diritti. Rimanendo alla questione dell'espansione dell'obiezione di coscienza alle pratiche abortive, infatti, prima di valutare il pur rilevante l'impatto economico del fenomeno, meritano di essere rimarcate le sue ricadute sull'unità di una comunità politica, la cui preminente considerazione induce a focalizzare l'attenzione, oltre che sui diritti, sui doveri costituzionali e, in particolare, sugli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 della Carta costituzionale, in forza dei quali i limiti apposti alla libertà di coscienza assumono la precipua funzione di preservare la permanenza del patto tra consociati che è alla base del nostro ordinamento repubblicano e di cui tutte le sue istituzioni devono restare garanti²²⁰.

Sempre all'interno di questa prospettiva, che ovviamente deve ricomprendere tutti i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, assume un più chiaro significato anche il dovere della Repubblica di tutelare la salute, dovere che evidentemente non può essere disgiunto dal compito ad essa spettante di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, co. 2, Cost.). In questo senso, dunque, l'impegno della Repubblica nella promozione e tutela della salute riproduttiva, lungi dal configurarsi quali indebita interferenza nella sfera più intima delle relazioni umane, assume il preminente significato di garantire a tutti il godimento di quel diritto fondamentale, le cui mobili frontiere, all'interno delle quali si agitano le plurime e non sempre convergenti spinte impresse dallo sviluppo della scienza e della tecnica e dal mutamento delle concezioni etiche e morali, devono continuare ad essere tracciate dall'ordinamento giuridico.

²²⁰ S. RODOTÀ, *Perché laico*, cit., 37.