

Prospettive e problematiche della riconduzione della PMA al diritto costituzionale alla salute*

Maria Pia Iadicicco**

SOMMARIO: 1. Alla radice del problema. – 2. Ampliamento della nozione di salute e complessità del diritto alla salute. Notazioni di contesto per risalire anche al rapporto tra diritto alla salute della donna e IVG. – 3. Il contributo significativo della giurisprudenza costituzionale per la “definizione” di un rapporto denso di conseguenze. – 4. La densità dei problemi affiorati dopo gli interventi caducatori della Consulta e l’inserimento della fecondazione assistita nei LEA.

ABSTRACT:

Nel saggio, l’Autrice affronta quello che considera il nodo di fondo del problematico rapporto tra procreazione medicalmente assistita e diritto alla salute: l’identificazione dei diritti rivendicati da quanti chiedono l’accesso alle tecniche di PMA e la loro riconduzione a forme di soddisfacimento e garanzia del diritto costituzionale alla salute. Inquadrandolo nella questione nel più ampio contesto, dinamico ed espansivo, che interessa il diritto alla salute, si esaminano le incoerenze in cui è incappato il legislatore nell’elaborazione della legge n. 40 del 2004 e le “correzioni” apportate dalla Corte costituzionale, attenta anche a precisare i presupposti, le condizioni e i limiti per la riconduzione della PMA all’art. 32 Cost.

In the essay, the Author deals the fundamental problem of relationship between the medically assisted procreation and the right to health: the identification of the rights claimed by those want access to Assisted Reproduction and their classification to forms of satisfaction and guarantee of the constitutional right to health.

Framing the issue into broader of the right to health and his expansion, she examines the inconsistencies in which the legislator has stumbled in the drafting of Law No. 40 of 2004 and the "corrections" made by the Constitutional Court, also careful to specify the assumptions, the conditions and the limits for framing the medically assisted procreation into art. 32 of Italian Constitution.

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professoressa Associata di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza, Università della Campania “Luigi Vanvitelli”, mariapia.iadicicco@unicampania.it.

1. Alla radice del problema

Riflettere sul rapporto tra procreazione medicalmente assistita (PMA) e diritto alla salute induce ad affrontare molteplici questioni di rilevante interesse, tanto più complesse ove quella riflessione venga condotta nell'ottica del diritto costituzionale e attraverso le "lenti" della scienza costituzionalistica. Nel coacervo dei dibattiti destinati ad affollare il campo, ci sembra che uno in particolare rivesta rilievo centrale, anche perché la sua preliminare trattazione consente di risalire a molti altri aspetti di problematicità scaturenti dalla relazione suddetta: ci si riferisce alla qualificazione delle tecniche di PMA come trattamenti sanitari funzionali a garantire il soddisfacimento del fondamentale diritto alla salute, espressamente riconosciuto e garantito dalla Costituzione italiana. A tal riguardo, uno dei profili più controversi e dibattuti risiede non tanto (o meglio, non solo) nella qualificazione della PMA come trattamento sanitario – il che può difficilmente confutarsi considerato il necessario e seppur variabile apporto che deve essere fornito dalla scienza e dalla tecnica biomedica per la realizzazione di quei percorsi riproduttivi-, quanto nella riconduzione della stessa a peculiare forma di soddisfacimento del diritto costituzionale alla salute, pertanto declinabile come diritto alla salute riproduttiva. La problematicità della questione risiede quindi anzitutto nella determinazione della portata del diritto costituzionale in parola e, ancor più a monte, nella comprensione di che cosa sia un diritto fondamentale, domanda spinosissima e cruciale, in quanto snodo imprescindibile di qualsiasi riflessione sul tema dei diritti.

Senza potersi addentrare neppure fuggacemente in questo campo, pare opportuno precisare che l'identificazione dei diritti rivendicati da quanti richiedano l'accesso alle tecniche di PMA sia un passaggio determinante per la ricostruzione e per il vaglio della disciplina vigente in materia¹. In altre parole, posta la questione in termini più semplici e financo eccessivamente semplificanti, occorre affrontare alcuni quesiti di fondo: l'accesso alla PMA è, ed a quali condizioni può essere, una forma di realizzazione del diritto costituzionale alla

¹ È quanto si è tentato di argomentare approfonditamente in un più ampio studio, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020, dedicato non solo alla PMA, ma anche ad altre delicate e complesse vicende relative all'inizio della vita umana ed all'assunzione di "scelte procreative".

Molto chiaramente anche A. RUGGERI, *Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)*, in *Consultaonline*, n. 1/2012, p. 196, nota n. 15, sottolinea come, attorno alla qualificazione dei diritti procreativi, o più ricorrentemente definiti riproduttivi, e alla loro riconduzione entro la categoria dei diritti fondamentali della persona umana «si annida un equivoco di fondo, di cui si ha frequente riscontro nella sterminata letteratura dedicata alle esperienze d'inizio-vita, così come a quelle relative al termine della vita stessa, restando tutto da verificare se si dia – come molti ritengono – un vero e proprio diritto costituzionale alla piena autodeterminazione in relazione alle vicende che riguardano i momenti cruciali della esistenza umana (...). Quanto alle vicende d'inizio-vita (...) solo alcune "aspettative" della persona – se così vogliamo, per il momento, genericamente chiamarle – potendo vantare il titolo di autentici diritti fondamentali e rivendicare di conseguenza per sé la tutela a questi peculiarmente spettante (...). Di altre, di contro, resta rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore la valutazione circa la opportunità di assicurarvi protezione, mentre altre ancora appaiono insuscettibili di trovare accoglienza o, diciamo pure, passibili di essere sanzionate.

salute? O, invece, la praticabilità della PMA è una forma di esplicazione di un più generale diritto di libertà che si sostanzia nell'autodeterminazione non solo sul "se" procreare ma anche sul "come"? Qual è il rango di questi diritti? E ancora: può configurarsi, nel nostro ordinamento, un diritto a procreare, a diventare genitore, anche avvalendosi delle tecnologie riproduttive²? Per dirla in forma ancora più diretta: esiste un diritto al figlio, ad avere una propria discendenza genetica, ricorrendo alle tecniche di PMA?

La schiettezza ma, allo stesso tempo, la complessità di simili quesiti potrebbe indurre a pensare che essi siano mal posti; come in effetti ed in parte lo sono. Essi infatti tendono a ricalcare una concezione unilaterale, individualistica, se non proprio egoistica dei diritti, tutt'altro che compatibile con il nostro orizzonte costituzionale³. Senz'affatto rinnegare la priorità della persona umana rispetto allo Stato e la fondamentale e rilevante conquista derivante dal rovesciamento della relazione dialettica tra libertà e autorità impressa proprio dalla Costituzione repubblicana⁴, ogni discorso sui diritti in un ordinamento costituzionale di democrazia pluralista si rivela profondamente complesso e deve rifuggire da impostazioni "monolitiche". Ferma restando infatti la necessità di distinguere quali interessi sorreggano la pretesa soggettiva di ricorrere alla PMA e di precisare il fondamento degli stessi⁵, deve essere fin d'ora chiarito che ogni vicenda attinente alla procreazione umana, ivi compresa la PMA, è, allo stesso tempo, esperienza complessa e conflittuale. Persino ammettendo che possa configurarsi un diritto (e non già un mero desiderio, un'aspettativa

² V. esplicitamente Corte costituzionale, sent. n. 221 del 2019, punto 10 del Considerato in diritto: «La possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, pone, in effetti, un interrogativo di fondo: se sia configurabile – e in quali limiti – un "diritto a procreare" (o "alla genitorialità", che dir si voglia), comprensivo non solo dell'an e del quando, ma anche del quomodo, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale. Più in particolare, si tratta di stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato».

³ È questa una tendenza diffusa e riscontrabile con riferimento a tante pretese individuali, ma che pare particolarmente accentuata nel contesto specifico in cui ci muoviamo e, in particolare, con riferimento al presunto diritto a diventare genitore mediante tecniche di PMA. Come noto, una delle più intricate e dibattute questioni, che investe questo ambito, sta proprio nella possibile qualificazione di tale pretesa come diritto umano inviolabile ed universale "a divenire genitore", che, ai sensi dell'art. 2 Cost., possa assurgere a "nuovo" diritto costituzionale o ricondursi, anche per altre vie, ad un più ampio e generale diritto all'autodeterminazione, declinabile nel caso specifico come di diritto all'autodeterminazione riproduttiva o procreativa. Tale ricostruzione, per tante ragioni - alcune delle quali si potranno qui solo sinteticamente accennare (per approfondimenti, cfr. M.P. IADICICCO, *op. cit.*, spec. pp. 32 ss.) - non persuade pienamente e soprattutto pare foriera di pericolosi equivoci, specie quando l'autodeterminazione non viene correttamente intesa come autonomia relazionale. Non solo occorre ricordare che nel nostro ordinamento costituzionale trova riconoscimento e tutela non già il soggetto, astratto e isolato, ma una persona "situata" e plasmata dai valori e impegni relazionali in cui è calata, ma è opportuno precisare anche che il processo procreativo, in tutte le sue fasi, vive in una dimensione necessariamente relazionale, anzi, doppiamente relazionale, dovuta alla contemporanea presenza di relazioni tra il sé e l'altro generatore e tra questi e il generato.

⁴ V. per tutti N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, Giuffrè, 1988.

⁵ Stiamo parlando di un diritto di rango costituzionale, inviolabile? O di un diritto legale, che trova il proprio fondamento e la propria disciplina in fonti diverse e subordinate alla Costituzione? O siamo al cospetto di un diritto "naturale" che pure trova riconoscimento in alcune Carte internazionali dei diritti?

priva di riconoscimento giuridico) al figlio, da realizzarsi mediante il ricorso alle tecniche di PMA, in ogni vicenda procreativa vengono in rilievo plurime istanze soggettive, emergono diversi interessi, anche confliggenti, di talché, se essi sono di rango costituzionale, devono coesistere, evitando che uno soltanto possa irragionevolmente prevalere su tutti gli altri, facendosi “tiranno”⁶. E pertanto, se si condivide tale assunto, ai quesiti dapprima formulati, devono aggiungersene degli altri: possono configurarsi diritti in capo al nascituro o al nato da PMA e relativi obblighi di tutela da parte delle istituzioni pubbliche? Sono ammissibili limiti di ordine generale, come il rispetto della dignità umana, che giustifichino limitazioni o divieti per alcune tecniche riproduttive?

A ben vedere, non solo nel senso appena detto, la PMA può ritenersi una tematica complessa: accanto alla confluenza e concorrenza di plurimi interessi, la complessità del tema deriva altresì dal fatto che in essa convergono necessariamente altri elementi, fattori e “punti di vista”, come quello scientifico e quello etico. L’impatto dell’evoluzione scientifica e tecnologica rileva non solo perché il progresso scientifico si presta alla germinazione e alla rivendicazione di “nuovi” diritti, o meglio, di nuove pretese, il cui appagamento è reso possibile dal ricorso alla tecnica, quanto anche perché proprio e con specifico riferimento al diritto alla salute viene in rilievo il condizionamento della scienza e dei suoi risultati sulle decisioni politiche, che ne sostanziano le forme di tutela, fissando al contempo spazi e limiti dell’autonomia e della responsabilità del medico nell’applicazione delle terapie. Quanto invece alla rilevanza anche etica del tema, è oltremodo evidente che ogni decisione relativa alla riproduzione chiami necessariamente in causa concezioni ideali, individuali e collettive, le quali non possono che influire e influenzare la regolamentazione giuridica dello stesso, di talché anche il tema specifico della PMA, lungi dal ridursi a tema scientificamente connotato, impone valutazioni di più ampio respiro, tanto più delicate in ordinamenti pluralistici informati al principio di laicità.

Ciò premesso e ribadito che, a nostro avviso, la questione centrale del rapporto tra PMA e diritto alla salute, risiede *funditus* nell’incertezza relativa ai diritti richiamati e alla loro composizione e, dunque, investa i presupposti dogmatici entro i quali inquadrare il tema della procreazione, in generale, e della PMA, in particolare, nelle pagine che seguono si percorrerà tale itinerario:

- a) anzitutto, si inquadrerà la questione specifica all’interno di un più ampio contesto, dinamico ed espansivo, che interessa il diritto alla salute e la sua portata (§ 2.);
- b) si risalirà alle origini del controverso rapporto in parola esaminando le incoerenze in cui è incappato il legislatore nella elaborazione della legge n. 40 del 2004 e le “correzioni” apportate (finora soltanto in via giurisprudenziale) attraverso l’inteso contributo reso dalla Corte costituzionale (§ 3.1.);

⁶ Per riprendere la nota affermazione di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, (1967), tr. it. Milano, Giuffrè, 2008, ripresa in Corte costituzionale, sent. n. 83 del 2013.

- c) nel ricostruire e ripercorrere l'apparato argomentativo che sorregge le principali decisioni in materia, si terrà conto in particolare delle precisazioni provenienti dal Giudice costituzionale quanto a presupposti, condizioni e limiti per la riconduzione della PMA all'art. 32 Cost. (§ 3.3.);
- d) infine, per acclarare ulteriormente la concretezza e la rilevanza delle questioni trattate, si analizzerà il seguito di alcune decisioni della Corte costituzionale e in particolare le conseguenze derivanti dall'inserimento delle tecniche di PMA, omologa ed eterologa, nei LEA (§ 4.).

2. Ampliamento della nozione di salute e complessità del diritto alla salute. Notazioni di contesto per risalire anche al rapporto tra diritto alla salute della donna e IVG

Per intraprendere tale percorso, è opportuno precisare che esso si inquadra nell'alveo di un più ampio processo di interpretazione estensiva del diritto costituzionale alla salute e dell'art. 32 della Costituzione italiana⁷. Come noto, è proprio la disposizione in parola il parametro più ricorrentemente evocato, nella giurisprudenza costituzionale (ma anche in quella di merito, seppur in maniera talvolta meno chiara e coerente), per vagliare la legittimità della legge n. 40 del 2004, ma anche di altre norme relative all'inizio della vita umana e alla procreazione, come ad esempio l'IVG. Questo inquadramento è stato da alcuni aspramente criticato; specie una parte del pensiero femminista⁸ ha visto in esso una svalutazione dell'autodeterminazione tipicamente delle donne sull'uso del proprio corpo e della propria capacità procreativa, nonché un tentativo per consolidare o perpetrare forme di dominio del potere e del sapere medico sulle donne; altri ancora⁹ hanno rivelato in quell' "aggancio" una vera e propria trasfigurazione e non già una estensione del campo di applicazione dell'art. 32 Cost.

⁷ Cfr. per tutti R. BALDUZZI, *La medicina oltre la cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2/2019, pp. 377 ss. Sull'appropriatezza del richiamo all'art. 32 Cost. per fondare il riconoscimento di "nuovi" diritti sul corpo, G. GEMMA, *Non diritti "insaziabili" ma microdiritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, in *Diritto e società*, 2014, pp. 207 ss.

⁸ V. tra le tante e seppur con approcci diversi al tema, S. NICCOLAI, *Una sfera pubblica piccola piccola. La sentenza 27/1975 in materia di aborto*, in *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Napoli, Jovene, 2006, p. 563; ma anche 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*, Torino, Giapichelli, 1987.

Sulla varietà di approcci nei confronti delle tecnologie della riproduzione da parte delle diverse correnti del femminismo, A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute e dignità*, Milano-Udine, Mimesis, 2020.

⁹ Si rinvia alla dottrina passata in rassegna in M.P. IADICICCO, *op. cit.*, pp. 120 ss.

Prima di esaminare la fondatezza di tali rilievi critici è bene precisare che l'evocazione dell'art. 32 Cost. e, ove si riveli confacente, la riconduzione ad esso di pretese soggettive, volte a soddisfare un progetto riproduttivo e un desiderio di genitorialità (ma anche ad impedirlo o ad interrompere una gestazione già avviata), determina conseguenze di profonda significanza sul piano delle relazioni tra individuo e autorità, rendendo doveroso e non già discrezionale la predisposizione, da parte della Repubblica, di tutte le garanzie strumentali al soddisfacimento delle pretese fondate su quel diritto, ferma restando comunque la necessità di confrontare le stesse con altrettante ugualmente di pregio costituzionale. Nondimeno, nei termini ed entro i limiti in cui si dovesse constatare l'appropriatezza del richiamo all'art. 32 Cost., per farvi rientrare anche alcune determinazioni assunte in campo riproduttivo e l'accesso a innovative biotecnologie, si potrebbe uscire dalle strettoie in cui ci si imbatte ove, invece, si percorra il più accidentato cammino della configurazione di "nuovi diritti procreativi", di incerto rango e indefinita portata, dovendosi invece convenire sulla natura costituzionale della pretesa, con tutte le conseguenze che ne discendono in ordine a divieti disposti dal legislatore o anche alla sua mancata. Appare dunque evidente che l'ipotesi ricostruttiva che si vuole saggiare si presenti, per un verso, incoraggiante e rassicurante ma, per altro verso, non priva di ostacoli e insidie, a cominciare dalla questione della perimetrazione della portata del diritto alla salute, operazione certamente non agevole, né immutabile nel tempo, né predefinibile secondo standard oggettivi.

In effetti, deve constatarsi che i confini della nozione di salute e la portata dell'art. 32 Cost., già di per sé connotati da un'accentuata fluidità e porosità, abbiano subito nel corso del tempo tumultuosi cambiamenti, sollecitati tanto da mutamenti di ordine etico e culturale ma, non di meno, dagli spazi dischiusi dalle nuove scoperte scientifiche e dal perfezionamento delle tecniche biomediche. La nascita e l'evoluzione del concetto di salute risulta peraltro strettamente connessa allo sviluppo della scienza medica¹⁰, ma l'ancoramento della nozione a parametri scientifici, pur segnando un tratto di discontinuità rispetto alle pregresse impostazioni, decisamente sfuggenti e aleatorie, non ha risolto la questione definitoria della salute *sub specie iuris*, essendo il contributo della scienza medica rilevante, ma non esaustivo a tal fine. Se, da un lato, il riferimento a parametri di normalità delle funzioni biologiche consente di pervenire ad una concezione oggettiva di salute, equivalente in sostanza all'assenza di malattia, dall'altro lato, costituisce un dato oramai acquisito nel dibattito medico e giuridico più maturo, la constatazione che lo stato di salute di un individuo può prescindere dal mancato riscontro di alterazioni anatomo-funzionali o dalla soluzione di processi patologici, così come è pacifico che la salute non possa essere intesa solo come integrità corporea dell'individuo, biologicamente definita dall'assenza di malattie, ma debba essere considerata come stato di complessivo benessere¹¹ che include

¹⁰ Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001, pp. 8 ss.

¹¹ Vedi in tal senso la definizione di salute della Organizzazione Mondiale della sanità (OMS) contenuta nel Preambolo della Costituzione OMS-WHO approvata il 22 luglio 1946: «*la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e*

tanto la componente fisico-corporea, quanto quella psichica, esistenziale e relazionale, e dunque la dimensione interiore e sociale della persona, la sua proiezione nei diversi contesti in cui si colloca¹².

Uno snodo cruciale del percorso di espansione della portata dell'art. 32 Cost., che ha consentito a quella disposizione di dispiegare anche la sua capacità di trasformazione dell'esistente e non solo di far fronte alle scottanti problematiche già con lungimiranza prefigurate dai Costituenti, è certamente rappresentato dall'approvazione della l. n. 883 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, non casualmente coeva ad altre importanti riforme legislative approvate in quegli anni: ci si riferisce alla l. n. 180 del 1978 (sugli accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori), alla di poco successiva l. n. 162 del 1982 (sulla rettificazione dell'attribuzione del sesso), ma soprattutto alla l. n. 194 del 1978 sulla tutela sociale della maternità e l'IVG. Come già ricordato, non sono mancate critiche rivolte all'impostazione di quest'ultima, critiche che si sono fatte in larga parte risalire alla precedente e notissima decisione della Corte costituzionale, la sentenza n. 27 del 1975, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p. per violazione dell'art. 32 Cost. Al riguardo, e senza poter qui riprendere considerazioni già svolte in altre sedi¹³, ci si limita a ribadire che, ad avviso di chi scrive e ferma restando la necessità di tener conto anche di altri interessi costituzionali rilevanti nella vicenda abortiva, la centralità che, sia nella sentenza del 1975 quanto nella legge del 1978, assume il diritto alla salute della donna sia tutt'altro che criticabile; riteniamo infatti che proprio la sottovalutazione del fondamento costituzionale del diritto di accesso all'IVG - nei casi e nelle forme, pur duttili e ampie prefigurate nella legge - possa aver determinato e continui a comportare aspri dibattiti sul tema.

Pur non potendo negare che un simile inquadramento, che appunto trova avallo nella giurisprudenza costituzionale anche più recente, possa favorire, ove non attentamente puntualizzato e meditato, una tendenza, tutt'altro che nuova e isolata, a "offuscare" l'autodeterminazione delle donne¹⁴, specie, ma non solo, nelle vicende relative alla procreazione, delle quali sono protagoniste (seppur mai assolute), va comunque ricordato che una parte delle critiche rivolte alla l. n. 194 del 1978 muovono dalla non condivisibile affermazione per cui l'aver ricondotto la scelta abortiva al riscontro di un problema di

sociale, non soltanto assenza di malattie o di infermità».

¹² A. D'ALLOIA, Oltre la malattia: *metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2014, p. 91.

¹³ M.P. IADICICCO, *La lunga marcia verso l'effettività e l'equità nell'accesso alla fecondazione eterologa e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in *Rivista Aic*, 1/2018, riprese e sviluppate in *Id.*, *Procreazione umana*, cit., pp. 115 ss.

¹⁴ Critica l'assenza soprattutto nella giurisprudenza costituzionale di un richiamo al diritto all'autodeterminazione sessuale e riproduttiva delle donne ex art. 13 della Costituzione, quantomeno in lettura combinata con gli artt. 2, 3, 31 e 32, L. RONCHETTI, *La dimensione costituzionale dell'autonomia riproduttiva delle donne*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, a cura di M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 106 ss.

salute della donna determini una mortificazione del diritto ad ella spettante di autodeterminazione su ogni questione relativa al proprio corpo. Invero, il richiamo costante e mai smentito all'art. 32 Cost., nel caso dell'aborto, come di ogni altro intervento sul corpo della persona che sia funzionale alla soluzione di un problema di salute, estensivamente inteso come stato di benessere psico-fisico, lungi dal mettere "fuori gioco" l'autodeterminazione individuale¹⁵, affianca a spazi di autonomia, la garanzia dell'erogazione delle prestazioni sanitarie, il che pare una garanzia tanto più necessaria e da rafforzare, specie ove si tratti di vicende eticamente controverse. L'autodeterminazione del paziente¹⁶ costituisce infatti uno degli aspetti che compone il nucleo forte o duro – o, per riprendere una nota metafora sui diritti¹⁷, la parte più protettiva dell'«ombrello» – del diritto alla salute e per questo capace di permeare l'organizzazione sanitaria¹⁸ e la conformazione della relazione tra medico e paziente. Il riconoscimento a ciascuna persona del diritto di autodeterminarsi in ordine all'avvio, alla prosecuzione o interruzione di qualsiasi trattamento terapeutico, ha consentito di modificare profondamente la relazione medico-paziente: ciascuna persona, ivi compresa la donna che richieda legittimamente che sia praticato l'aborto, esige di essere trattata non quale soggetto passivo, ma quale soggetto attivo; anche la donna, da infante o incapace, bisognosa di cure paternalistiche, qual era intesa secondo il paradigma ippocratico della cura e sulla base di concezioni diffuse in società patriarcali e maschiliste, diventa e pretende di essere riconosciuta come persona adulta, capace di compiere scelte responsabili, pure in relazione a vicende complesse come quelle dell'aborto. In altre parole, a noi sembra che dietro, la critica rivolta alla riconduzione dell'IVG all'art. 32 Cost., possa annidarsi un rilevante rischio - che coinvolge invero non solo il sesso femminile -, e cioè quello di perimetrare in termini troppo stringenti la nozione di salute e il relativo diritto costituzionalmente garantito e di scinderlo dalla autodeterminazione, la quale ne è invece componente essenziale.

Pare invece indispensabile accogliere gli ammonimenti provenienti da alcuni studi sul genere¹⁹ che, evidenziando la centralità e la ineludibilità (almeno allo stato attuale delle conoscenze scientifiche) del corpo femminile per il soddisfacimento di qualsiasi progetto procreativo o di genitorialità e per la realizzazione dell'aspettativa di vita (autonoma) del concepito, spingono a declinare meglio e "al femminile" il concetto di salute riproduttiva,

¹⁵ Sull'autonomia relazionale entro cui si inquadra (anche) l'art. 32 Cost., cfr. F. PIZZOLATO, *Autodeterminazione e relazionalità nella tutela della salute*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, pp. 429 ss.

¹⁶ Su cui si veda almeno L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹⁷ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 43 ss., ma riprendendo ed ulteriormente sviluppando una metafora già utilizzata in ID., *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, p. 17.

¹⁸ Cfr. A. PIOGGIA, *Questioni di bioetica nell'organizzazione delle strutture sanitarie*, in *Diritto Pubblico*, 2008, pp. 420 ss.

¹⁹ V. i contributi di F. RESCIGNO, M. TOMASI e A. LORENZETTI, in *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella costituzione e nel costituzionalismo*, a cura di B. PEZZINI e A. LORENZETTI, Torino, Giappichelli, 2019, risp. pp. 203 ss., 215 ss., 243 ss.

tenendo conto proprio delle peculiarità di quel corpo sessuato, e sollecitano la prefigurazione di appropriate forme dialogiche e di confronto tra personale sanitario e donne; l'obiettivo principale dovrebbe essere quello di realizzare, anche su questo delicatissimo fronte, una reale "alleanza" tra medicina e donna. Sono infatti tutt'altro che esasperate le accuse rivolte ad alcuni medici e al personale sanitario, ancora troppo propensi ad assumere atteggiamenti paternalistici, se non proprio pedagogici e moraleggianti, nei confronti delle pazienti donne, nonché la perpetuazione, anche in quel contesto, di stereotipi attorno al c.d. sesso debole. Si tratta di questioni estremamente complesse, delle quali si condivide e si deve sottolineare la necessità di una appropriata e disincantata discussione, ma non per questo però persuadono quelle letture della disciplina dell'IVG che mirano a travolgere in una critica generalizzata il richiamo al diritto costituzionale alla salute. Senz'affatto negare che, anche facendo leva su quella base, possano verificarsi abusi e scivolamenti – specie nella instaurazione di un rapporto medico-paziente non improntato realmente sull'alleanza terapeutica, sull'attenzione all'esperienza concreta della singola donna, sulla capacità dei professionisti di aprirsi al vissuto personale e di avviare un dialogo formalmente e sostanzialmente rispettoso delle altrui convinzioni, sull'assunzione di adeguate scelte di carattere organizzativo nella sanità –, riteniamo, per l'appunto, che si tratta di travisamenti e di errori di prospettiva, forse non sempre "in buona fede", e che l'"aggancio" all'art. 32 Cost. sia appropriato anche in materia di aborto e persino preferibile in un ordinamento costituzionale che garantisce l'impegno pubblico nella protezione della salute pure nell'ottica del perseguimento della giustizia sociale.

3. Il contributo significativo della giurisprudenza costituzionale per la "definizione" di un rapporto denso di conseguenze

Venendo ora all'esame specifico del rapporto tra PMA e diritto alla salute, condotto attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale, occorre premettere che quella vocazione espansiva dell'art. 32 Cost., già particolarmente evidente sul finire degli anni '70, ha avuto ulteriori conferme nel corso nel tempo. Tra queste può annoverarsi, seppur con le sue originarie contraddittorietà in buona parte rimate dagli interventi caducatori e manipolativi della Consulta, la l. n. 40 del 2004, la quale ha inteso l'accesso alle pratiche di fecondazione assistita come rimedio ad una condizione patologica di sterilità o infertilità, anche ove le stesse non siano spiegabili secondo parametri rigorosamente scientifici (c.d. infertilità idiopatica).

Come noto, tutte le pronunce caducatorie sinora rese dalla Consulta sulla legge n. 40 del 2004 sono state fondate sul riscontro di una violazione dell'art. 32 Cost., ritenuta non giustificata dall'esigenza di preservare altri interessi di rilievo costituzionale. Così il limite relativo alla produzione embrionaria e l'obbligo del loro contestuale impianto (sent. n. 151 del 2009), il divieto per le coppie non sterili ma affette da patologie a trasmissione geneti-

ca di ricorrere alla PMA con diagnosi genetica preimpianto (sent. n. 96 del 2015), il divieto di avvalersi di gameti donati da terzi per rimediare ad una condizione di sterilità assoluta di uno o entrambi i membri della coppia (sent. n. 162 del 2014) sono stati rimossi dal giudice costituzionale sulla base del riconoscimento della loro funzionalizzazione a risolvere problemi riproduttivi, in linea con un'affermazione di principio fatta proprio dallo stesso legislatore (art. 1, l. n. 40), ma non coerentemente perseguita.

Quindi anche in occasione dell'elaborazione della l. n. 40 del 2004 e soprattutto all'esito della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia, si è avuto modo di riscontrare la straordinaria attualità dell'art. 32 della Costituzione, «una delle previsioni maggiormente dotate di presbiopia»²⁰, capace di soddisfare tanto l'originario intento di vietare arbitrarie pratiche coattive o di sperimentazione sul corpo umano, quanto la sempre crescente necessità di rimettere alla consapevole e responsabile autodeterminazione individuale le decisioni sulla sottoposizione a qualsiasi trattamento sanitario, anche quelli più controversi di inizio e fine vita²¹. Tuttavia, occorre constatare che specie all'esito di questi ultimi sviluppi si sia affiancata, in maniera vieppiù crescente, l'esigenza di tracciare confini più chiari all'espansione del diritto alla salute. È evidente che la questione trascende il tema specifico della PMA e persino quello più generale della procreazione: la questione è decisamente più ampia²². L'affrancamento del concetto giuridico di salute da una dimensione prevalentemente biologico-fisica, per abbracciare anche quella etico-relazionale, ha posto il diritto dinanzi a nuove sfide, sollecitando interrogativi di non facile soluzione: quali linee di demarcazione, per quanto mobili, si possono tracciare per distinguere il diritto costituzionale alla salute dai meri desideri, dalle aspirazioni di benessere, di non turbamento dell'immagine di sé e delle relazioni sociali, e cioè da una serie di “zone grigie”²³ dall'incerta connotazione giuridica? Inoltre, quale peso assume, dal punto di vista del diritto, la percezione soggettivo-individualistica e la valutazione medico-scientifica di salute?

²⁰ G. D'AMICO, *Stato e Persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI, Milano, Giuffrè, 2018, p. 120.

²¹ *Ivi*, p. 121. Sul versante del fine vita e precisamente del rifiuto delle cure, anche fino a lasciarsi morire, soltanto in anni più vicini ha trovato una compiuta e organica regolamentazione legislativa il consenso informato ai trattamenti sanitari e le disposizioni anticipate di trattamento (l. n. 219 del 2017), mentre, ancora più di recente, si è posta, all'esito di una travagliata e peculiare vicenda giudiziaria (caso Cappato), l'ancor più spinosa questione dell'assistenza medica al suicidio.

²² Si pensi, per fare solo un fugace e inevitabilmente parziale cenno, alla immensa mole di riflessioni prodotte in occasione delle crisi pandemica sulla interpretazione dell'art. 32 Cost., sulla complessità del diritto alla salute e sulla multidimensionalità soggettiva e oggettiva del disposto costituzionale, venuta ancora più allo scoperto in questa drammatica vicenda. Si vedano almeno i tanti studi apparsi in *Corti supreme e salute*, a partire dal n. 1/2020, nonché F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021.

²³ A. D'ALLOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2014, p. 95.

Com'è stato efficacemente detto e persuasivamente argomentato²⁴, è impossibile «pre-determinare in astratto e al millesimo l'ampiezza e il confine dei singoli diritti sanciti in Costituzione», eppure è certo che quei confini esistano e che «debbono (prima o poi) entrare in campo e segnare il punto». Se dunque la perimetrazione dell'oggetto di un diritto è operazione indubbiamente complessa, per una pluralità di fattori che spingono verso l'espansione del medesimo, è altrettanto vero che i «confini contano (...). Essi permettono di tracciare le linee di confine che separano concetti, istituzioni e valori fondamentali»²⁵ con ciò contribuendo a delineare con maggiore precisione gli interessi di rilievo costituzionale che l'ordinamento intende proteggere e soddisfare e con questi di definire i compiti delle istituzioni pubbliche. Al contempo, va precisato che la determinazione dell'ampiezza di un diritto è un'operazione che non può essere condotta in astratto, ma deve svolgersi in concreto e, precisamente, tenuto conto dell'esistenza di altri diritti o interessi costituzionali, ai quali, in alcuni casi e al ricorrere di determinate condizioni, può essere accordata prevalenza, perciò provocando una compressione dell'oggetto del medesimo. La delimitazione dello spazio di protezione ed insieme la determinazione dei limiti derivati dal confronto con altri interessi di rilievo costituzionale deve essere condotta con grande equilibrio e circospezione; quanto va evitato, come dapprima precisato, è sia che una eccessiva riduzione dell'ambito di protezione, accordato alla salute della persona, possa fungere da volano per estromettere dal campo delle prestazioni sanitarie quelle che sollevano delicati conflitti etici, sia e non di meno che uno smisurato allargamento della concezione di benessere individuale possa condurre a ritenere non solo possibile, ma legittima la pretesa di avvalersi di qualsiasi tecnica per soddisfare un desiderio procreativo.

3.1. Queste nodali questioni, relative a confini e limiti del diritto alla salute, hanno trovato nel più recente periodo spazio anche in molte riflessioni dottrinali, sovente sollecitate dalla giurisprudenza costituzionale resa sulla legge n. 40 del 2004. Tali pronunce rilevano per molteplici ragioni: secondo alcuni la Corte avrebbe anzitutto contribuito a correggere un errore²⁶ in cui sarebbe incorso lo stesso legislatore nel ricondurre le tecniche di PMA ad

²⁴ P. VERONESI, Rights on the move: *come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2018, p. 77.

²⁵ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 4.

²⁶ È la tesi di F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, Jovene, 2020, pp. 25-26. A nostro avviso, se di errore si può parlare in questo ambito, va accuratamente precisato che quello tecnico-scientifico compiuto dal legislatore del 2004 è stato determinato non già per l'essersi questo spinto oltre quanto avrebbe potuto, ma prioritariamente per l'aver assunto scelte in un ambito anche terapeutico, trascurando le conseguenze delle stesse sulla salute della madre e gli aspetti di incoerenza sistemica della l. n. 40 del 2004. È evidente però che a monte della disciplina tracciata nella legge n. 40 non vi sono soltanto valutazioni di carattere propriamente scientifico, come in effetti tutte le disposizioni dichiarate incostituzionali dalla Consulta erano frutto di un errore scientifico. Non v'è dubbio che in ambito procreativo vengono in rilievo considerazioni ulteriori, nonché altri interessi, anche di rilievo costituzionale, così come è indubitabile che spetti al legislatore e non possa essere affidato alla responsabilità degli operatori sanitari l'assunzione di scelte fondamentali in ambito di tecnologie riproduttive, definendo le cautele

una prospettiva terapeutica, tradendo poi questa prospettiva. Al contempo quelle decisioni hanno offerto l'occasione per ribadire e precisare la portata di alcuni principi dalla stessa già enucleati, specie nella sentenza n. 282 del 2002, in materia di pratiche terapeutiche²⁷, restituendo così adeguati spazi di scelta all'autonomia e alla responsabilità del medico, che il legislatore del 2004 aveva irragionevolmente mortificato.

Il profilo che però a nostro avviso riveste un ruolo centrale nelle decisioni rese dalla Consulta sulla l. n. 40 del 2004 è proprio la delimitazione della portata di quel parametro costituzionale, profilo che è venuto in rilievo specie a partire dal giudizio di legittimità avente ad oggetto il divieto assoluto di fecondazione di tipo eterologo, o per meglio dire con donazione di gameti. Come noto, nel pronunciarsi su quella questione, il giudice delle leggi, senza disconoscere l'ampia discrezionalità del legislatore in un ambito, come quello riproduttivo, ad alta sensibilità etica e attraversato da conflitti tra vari interessi costituzionali, ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto assoluto di avvalersi di gameti di donatori ove ciò costituisca il rimedio ad una condizione di sterilità della coppia. La riconduzione anche della fecondazione di tipo eterologo nell'ambito dei trattamenti sanitari funzionali a salvaguardare il diritto alla salute "della coppia" - ancorché quella tecnica dia luogo a questioni ulteriori e più problematiche rispetto alla fecondazione omologa - è stata dalla Corte operata muovendo da un'interpretazione estensiva, a nostro avviso pienamente condivisibile²⁸, dell'art. 32 Cost. Secondo il giudice delle leggi la sterilità e l'infertilità sono vere e proprie patologie della sfera riproduttiva, costitutive di una condizione di "disabilità", della quale il legislatore deve favorire (e non impedire) il superamento, nei limiti di compatibilità derivanti dalle esigenze di tutela di altri diritti costituzionali. Sebbene altre affermazioni contenute nella sent. n. 162 del 2014 e, in specie, il richiamo alla fondamentale e incoercibile libertà di autodeterminazione sull'aver o meno un figlio, avrebbero potuto offrire il destro per accedere ad una concezione soggettiva, individualistica, se non proprio, edonistica di salute e benessere, riteniamo che già in quella decisione la Corte abbia tentato di evitare questo scivolamento. Si è precisato infatti 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»²⁹ e che pertanto, ai fini dell'accesso alla PMA eterologa, ogni accertamento sullo stato di salute dei membri

per il trattamento degli embrioni prodotti *in vitro* e la destinazione dei medesimi; non si può negare neppure che spetti pure solo al legislatore la definizione dello *status filiationis* del nato del ricorso alle tecniche di PMA.

²⁷ Proprio per questo si è giustamente sostenuto che il filone delle decisioni della Corte costituzionale sulla l. n. 40 del 2004 costituisca una delle due "serie" giurisprudenziali in cui si è ulteriormente sviluppato il "modello" prefigurato nella sent. n. 282 del 2002, così D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale*, Pisa, Pacini giuridica, 2019, p. 2.

²⁸ In tal senso anche G. D'AMICO, *La sentenza sulla fecondazione eterologa: il peccato di Ulisse*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 666, secondo il quale proprio le puntualizzazioni della Corte sulla ricorrenza di patologie riproduttive non consentono di riconoscere in capo alla stessa le colpe dell'Ulisse dantesco, ovvero il superamento delle Colonne d'Ercole solo per soddisfare la propria sete di conoscenza.

²⁹ Punto 7 del Considerato in diritto.

della coppia e sull'idoneità della pratica terapeutica a risolverli è rimesso alle valutazioni della scienza medica. Pur condividendo presupposti ed esiti di quella sentenza, non si può negare che il percorso argomentativo compiuto nella stessa presenti qualche profilo di incertezza e, nonostante i tentavi di puntellamento e di arginamento compiuti dal giudice costituzionale, i rischi di scivolamento e persino di banalizzazione del diritto costituzionale alla salute in ambito procreativo siano alti.

Come in effetti avvertito da una parte della dottrina³⁰, più attenta alle possibili conseguenze di politica del diritto dischiuse dalla decisione del 2014, un'eccessiva enfaticizzazione del legame tra benessere psichico e ricorso funzionale alla tecnica a fini procreativi avrebbe potuto, ove non meglio puntualizzato, spianare la strada per sostenere la necessità di rimuovere anche altri limiti soggettivi e oggettivi di accesso alle tecniche di PMA e divieti di ricorso ad altre metodiche, come la surrogazione di maternità, che sollevano ulteriori e più complesse questioni. Il punto è indubbiamente cruciale, in quanto attorno all'estensione della garanzia offerta anche alla salute psichica si snoda la questione della definizione delle misure di attuazione e concretizzazione di quel diritto costituzionale.

La possibilità di fare maggiore chiarezza su questi profili si è ben presto palesata in occasione dei giudizi di legittimità costituzionale, promossi dai Tribunali di Pordenone e Bolzano e aventi ad oggetto diverse disposizioni della l. n. 40 del 2004, nella parte in cui vietano (e sanzionano in via amministrativa) l'accesso delle coppie omosessuali alle tecniche di PMA, perciò determinando, secondo i remittenti, anche la violazione dell'art. 32, primo comma, Cost.³¹. La questione presentava significativi profili di novità rispetto alle altre precedentemente affrontate dal giudice costituzionale ed evocate pure dai giudici *a quibus*. Questi ultimi, però, nel richiamare i precedenti pronunciamenti della Consulta chiedevano un nuovo intervento caducatorio dello stesso volto a rimuovere anche il limite rappresentato dal requisito soggettivo della diversità di sesso dei componenti della coppia, ritenendo che ciò costituisse il «coerente sviluppo delle decisioni già assunte»³².

Nel pronunciarsi sulla lamentata violazione dell'art. 32 Cost., la Corte ha avuto l'opportunità di delineare meglio il rapporto intercorrente tra diritto alla salute e ricorso alle tecniche di PMA e di precisare quali ulteriori ragioni giustifichino la permanenza (e la non

³⁰ A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 giugno 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 *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2014. p. 7.

³¹ Tra i parametri invocati dai giudici remittenti figuravano, oltre all'art. 32, l'art. 2 (in quanto il divieto di accesso delle coppie dello stesso sesso alle tecniche di PMA e alla surrogazione di maternità lederebbe il «diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo»); l'art. 3 (giacché il divieto denoterebbe una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale); e l'art. 117, co 1 (per la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, per la discriminatoria interferenza, in ragione dell'orientamento sessuale, nella vita familiare delle ricorrenti).

Pertanto quel giudizio investiva anche le tematiche della genitorialità delle coppie omosessuali e la determinazione del nucleo familiare del nato da PMA, trattate anche in successive decisioni: sent. n. 230 del 2020; sentt. nn. 32 e 33 del 2021 (nella prospettiva preminente della salvaguardia dei diritti dei nati e non già del diritto di accesso a quelle tecniche riproduttive).

³² Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 11 del Considerato in diritto.

irragionevolezza) dei limiti soggettivi ed oggettivi di accesso alle medesime. E non solo. Nel dichiarare infondate tutte le questioni di legittimità costituzionale sollevate anche con riferimento ad altri parametri, il giudice costituzionale non ha mancato di rimarcare nuovamente (e sebbene non costituisse oggetto del giudizio) le *rationes* del perdurante divieto di maternità surrogata tanto per coppie omosessuali maschili, quanto per coppie eterosessuali³³. Ai nostri fini è ora opportuno focalizzare l'attenzione su quel passaggio della sent. n. 221 del 2019 in cui la Corte, nel richiamare i propri precedenti interventi caducatori e l'ampliamento della cerchia dei soggetti legittimati a ricorrere alla PMA che ne è conseguito, ha precisato che quelle pronunce si sono limitate a rimuovere «distonie, interne o esterne, della disciplina dettata dal legislatore», senza incidere – o incidendo solo in modo marginale – sulle scelte di fondo assunte nel 2004, ovvero quella di concepire le tecniche di PMA come funzionali alla risoluzione di patologie riproduttive e quella di assicurare comunque al nato una famiglia con duplice figura genitoriale maschile e femminile³⁴. Il giudice costituzionale, pur ammettendo che le proprie precedenti pronunce abbiano comunque limitato in parte la discrezionalità del legislatore, ha ritenuto non irragionevole la previsione del divieto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie dello stesso sesso in quanto coerente con le scelte di fondo compiute dallo stesso in tema di famiglia e tutela del nato, laddove, invece, i divieti ed i limiti rimossi con le precedenti pronunce di incostituzionalità contraddicevano proprio la finalità terapeutica delle tecniche di fecondazione assistita, fatta propria, in linea di principio, dal legislatore del 2004, ma incoerentemente perseguita nella disciplina di dettaglio.

Proprio a quest'ultimo riguardo meritano particolare attenzione le puntualizzazioni, riportate nella sent. n. 221 del 2019, sull'estensione della portata del diritto costituzionale alla tutela della salute ai fini della rivendicazione dell'accesso alle tecniche di PMA. In quella decisione si ribadisce che la nozione costituzionale di salute «non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia (o anche un individuo) reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione»³⁵. A ben vedere, una simile precisazione era recata anche all'interno della decisione del 2014 sulla fecondazione di tipo eterologo e per questo può destare qualche perplessità la lettura di quel passaggio in cui il giudice costituzionale, nel 2019, ha parlato di una «contraria affermazione che pure si rinviene nella sentenza n. 162 del 2014». Invero, e come già osservato, le ordinanze di rimessione dei giudici *a quibus* facevano leva sulla ideale continuità tra i loro *petita* e gli esiti delle precedenti sentenze caducatorie della Consulta, ma, come precisato anche dal

³³ Ritiene questa decisione un punto di arrivo e di snodo della giurisprudenza costituzionale in materia di PMA e gestazione per altri, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione*, cit., pp. 156-157, avendo in particolare la Corte marcato la distinzione tra le due pratiche, o meglio, tra i non sempre coincidenti valori costituzionali coinvolti nelle stesse.

³⁴ Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 11 del Considerato in diritto.

³⁵ Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 16 del Considerato in diritto.

giudice costituzionale, gli esiti e le motivazioni che sorreggevano quelle pronunce non possono essere sganciati dalle fattispecie specifiche da cui originavano e precisamente dalle pretese fatte valere dalle coppie ricorrenti nei giudizi principali, le quali si sostanziano non già nel soddisfacimento di un mero desiderio di genitorialità, quanto nella richiesta di superare ostacoli riproduttivi derivanti da patologie assolute e irreversibili³⁶. Marcate quindi ulteriormente le differenze tra infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale ed infertilità “patologica”³⁷, la Corte non ha ravvisato la violazione dell’art. 32 della Costituzione, denunciata da entrambi i remittenti, ma, nella vicenda specifica all’esame del Tribunale di Bolzano, motivata anche dal riscontro di malattie riproduttive di entrambe le donne unite civilmente. Secondo il giudice costituzionale, l’accesso di queste alla fecondazione con donazione di sperma non avrebbe potuto comunque realizzarsi all’esito di una pronuncia – pur teoricamente praticabile tramite una resezione del *petitum* – che avesse circoscritto la sua portata alle sole donne sterili parti di una coppia omosessuale, venendo così incontro anche ad esigenze di carattere strettamente terapeutico³⁸. Quanto sollecitato invece dal Tribunale di Bolzano avrebbe presupposto comunque la rimozione del requisito soggettivo della diversità di sesso, ritenuto invece, dal giudice costituzionale un limite non irragionevole, anche se non costituzionalmente imposto³⁹, e coerente con le «idee di base» fatte proprie dal legislatore nel regolare l’accesso alle tecnologie riproduttive. Quindi la precisazione riportata nuovamente nel 2019, per cui non ogni sofferenza psichica derivante dalla frustrazione del proprio desiderio di genitorialità può ritenersi una violazione del diritto costituzionale alla salute – che, come tale, imporrebbe al legislatore di attivarsi per rimediare al *vulnus* di quel diritto costituzionale e di farlo senza discrimina-

³⁶ Più severo, ma attentamente argomentato, il giudizio di C. TRIPODINA, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è “incoercibile”*. La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pp. 2623 ss., espresso alla luce di una lettura “allo specchio” della sent. n. 221 del 2019 con i precedenti pronunciamenti della Corte in materia e, in particolare, con la sent. n. 162 del 2014.

³⁷ Punto 12 del Considerato in diritto: «l’infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all’infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l’infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L’esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale».

³⁸ Corte cost., sent. n. 221 del 2019, punto 17 del Considerato in diritto: «La presenza di patologie riproduttive “è un dato significativo nell’ambito della coppia eterosessuale”, in quanto fa venir meno la normale fertilità di tale coppia. Rappresenta invece una variabile irrilevante (...) nell’ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe infertile in ogni caso». Il passaggio argomentativo decisivo per dichiarare l’infondatezza della questione è quindi il requisito soggettivo dell’orientamento sessuale (ritenuto comunque non discriminatorio), non già la condizione di salute della coppia. Come precisato anche nel punto 16: «Se così non fosse, sarebbero destinate a cadere automaticamente, in quanto frustranti il desiderio di genitorialità, non solo la limitazione (...) in esame, ma tutte le altre limitazioni all’accesso alla PMA poste dall’art. 5, comma 1, della l. n. 40 del 2004: limitazioni che la stessa sentenza n. 162 del 2014 ha, per converso, specificamente richiamato anche in rapporto alla fecondazione eterologa». Critica la distinzione, rimarcata dalla Corte nella sent. n. 221 del 2019, tra infertilità “fisiologica” e “patologica”, A. COSSIRI, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, pp. 2635.

³⁹ M. MANETTI, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 2613. Così anche Coste cost., sent. n. 230 del 2020.

re le persone per il proprio orientamento sessuale –, deve essere letta in parallelo con le considerazioni relative agli ulteriori interessi costituzionali che sarebbero venuti in rilievo allargando le condizioni soggettive di accesso alle tecniche di PMA, con ricadute anche sul divieto di maternità surrogata. Senz'affatto rinnegare in effetti che anche tale metodica possa costituire un rimedio a gravi patologie riproduttive, ciò non farebbe venire meno l'esigenza di tener conto degli ulteriori interessi costituzionali implicati e delle esigenze di tutela che ne discendono.

Piuttosto, le più marcate puntualizzazioni relative alla finalità terapeutica delle tecniche di PMA e alla portata del diritto alla salute riproduttiva possono essere lette come un tentativo del giudice costituzionale di arginare derive interpretative scaturenti dallo sganciamento delle proprie parole dalla specificità dei casi affrontati. Ci si riferisce, in particolare, alla tendenza ad enfatizzare alcuni passaggi giurisprudenziali nei quali si è fatto richiamo all'incoercibilità dell'autodeterminazione riproduttiva, alla tutela anche delle «esigenze della procreazione»⁴⁰, come pure al richiamo, specie da parte della giurisprudenza comune, al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'art. 8 CEDU, per ricavarvi l'esistenza di un implicito diritto a diventare genitori, anche mediante tecniche di PMA.

Si rivela altresì importante sottolineare che, nella sent. n. 221 del 2019, non hanno trovato accoglimento alcuni argomenti messi in campo dal Tribunale di Bolzano e sostenuti, in particolare, dalle parti del giudizio principale costituitesi in giudizio dinanzi alla Corte. Queste, infatti, hanno avuto dapprima cura di specificare la peculiarità della loro condizione, e cioè di essere affette ognuna da patologie riproduttive⁴¹, per poi insistere principalmente sulla esigenza di salvaguardare il loro diritto alla vita privata e familiare e all'autodeterminazione riproduttiva. Al fine precipuo di dimostrare l'irragionevole disparità di trattamento riservata dal legislatore alle coppie omosessuali, in ragione appunto del loro orientamento sessuale, hanno sostenuto, tra l'altro, come una medesima patologia fosse considerata diversamente dal legislatore ove la donna sia parte di una coppia eterosessuale o omosessuale⁴² e come sia stata del tutto ignorata la condizione di infertilità «fisiologia o sociale» che comunque colpisce le coppie lesbiche. Ma, specie in alcuni passaggi successivi, le parti costituite hanno finito per imboccare un percorso argomentativo più accidentato, se non proprio contraddittorio rispetto a quanto precedentemente sostenuto.

⁴⁰ Cfr. M. D'AMICO, *La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2/2019, pp. 456 ss.

⁴¹ Cfr. Punto 2.2 del *Ritenuto in fatto*: «Si sono costituite F. F. e M. R., ricorrenti nel giudizio a quo, chiedendo l'accoglimento delle questioni. Preliminarmente, le parti costituite pongono in evidenza come la vicenda oggetto del giudizio principale sia diversa da quella che ha dato origine alle pur analoghe questioni sollevate dal Tribunale ordinario di Pordenone. In quel caso, infatti, la coppia è composta da persone dello stesso sesso, ma non consta che esse presentino individualmente alcuna patologia riproduttiva. Nella fattispecie in esame, di contro, a entrambe le ricorrenti sono state diagnosticate patologie riproduttive, sicché l'infertilità non è solo di coppia, ma anche individuale».

⁴² *Ibidem*: «la discriminazione si apprezzerrebbe nel raffronto tra una coppia di donne con patologie riproduttive e una coppia eterosessuale con la donna affetta dalla medesima patologia. La donna in coppia con un uomo potrebbe, infatti, fruire della PMA, mentre la donna in coppia con un'altra donna non vi ha accesso».

Esse hanno posto infatti l'accento sull'esigenza di fugare un possibile equivoco, ovvero quello di considerare la fecondazione assistita con donazione di gameti un «rimedio terapeutico»⁴³, laddove invece non si tratterebbe di una cura vera e propria, ma solo di una tecnologia riproduttiva che consente di «aggirare» la patologia. Su questa base quindi la coppia ricorrente nel giudizio principale dinanzi al Tribunale di Bolzano ha mirato sostanzialmente a denunciare il carattere marcatamente discriminatorio del «giudizio di simpatia» espresso dal legislatore del 2004 solo nei riguardi delle coppie eterosessuali, chiedendo quindi che lo stesso fosse rimosso, anche perché – a loro avviso e sebbene in aperta contraddizione con l'iniziale puntualizzazione del loro stato di salute – «le finalità terapeutiche potrebbero rilevare solo agli effetti dell'art. 32 della Costituzione e degli obblighi di sanità pubblica dello Stato», laddove, invece, in quella sede esse rivendicavano soltanto il rispetto del loro diritto all'«autodeterminazione riproduttiva»⁴⁴.

Non è difficile scorgere in queste affermazioni almeno due aspetti che meritano di essere rimarcati: in primo luogo, l'assunzione di una precisa strategia in ordine alla questione nodale dei diritti rivendicati dalle ricorrenti, strategia che, facendo leva su una logica antidiscriminatoria, mira a parificare e uniformare le istanze rivendicate dalle coppie omosessuali maschili e femminili, onde farne derivare il riconoscimento di un “neutro” diritto alla genitorialità; in secondo luogo la persistente critica rivolta alla prospettiva terapeutica, quale condizione oggettiva di accesso alle tecniche di PMA omologa ed eterologa (e ad altre tecniche complementari). Se, quanto alla prima posizione, si condivide pienamente quanto sostenuto da attente studiose⁴⁵, e cioè che quella prospettiva antidiscriminatoria conduce a cancellare la differenza dei sessi nella riproduzione⁴⁶ e mira a rimuovere tutti i limiti soggettivi legislativamente fissati per l'accesso alle pratiche riproduttive (senza tener conto delle diverse ponderazioni di interessi di volta in volta implicati), con riferimento alla critica rivolta all'inquadramento terapeutico del diritto di accesso alla PMA (e all'IVG), anch'essa a noi sembra da respingere con decisione, specie quando quell'affermazione muove da una rappresentazione alternativa tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione, che anche qui si è inteso confutare. Inoltre, quella lettura dissociata dell'autode-

⁴³ Cfr. Punto 2.5 del *Ritenuto in fatto*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015 (nonché in numerosi altri scritti); E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatoriocostituzionale.it*, n. 2/2012.

⁴⁶ Resta fermo il convincimento di chi scrive quanto all'indifferenza del sesso, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere nell'assolvimento dei doveri genitoriali e la necessità di una piena parità tra uomo e donna nell'assunzione della responsabilità genitoriale, che è cosa ben diversa, ma altrettanto rilevante, della realtà biologica della riproduzione e della preservazione della relazione materna. E tuttavia con ciò non si intende condividere le proposte di abbandonare le tradizionali denominazioni dei due genitori (“padre” e “madre”), in favore delle locuzioni neutre “genitore 1” e “genitore 2”, una sostituzione, questa, sovente criticata anche nella “arena politica”, ma per ragioni o con argomentazioni che sottendono un mal celato atteggiamento omofobico.

terminazione femminile e del diritto alla salute pare non tener adeguatamente conto dei “benefici” in termini di doverosità dell'erogazione di alcune prestazioni sanitarie, anche in presenza di dissensi di natura etica, derivante dalla loro riconduzione all'art. 32 Cost., nonché del fondamento personalistico e solidaristico del diritto alla tutela della salute.

4. La densità dei problemi affiorati dopo gli interventi caducatori della Consulta e l'inserimento della fecondazione assistita nei LEA

Come più volte già precisato, la funzionalizzazione di alcune tecniche di fecondazione assistita alla soluzione di problemi di salute (riproduttiva) è operazione impegnativa, in quanto gravida di importanti conseguenze sul piano dei doveri delle istituzioni pubbliche e delle garanzie di effettività dei diritti rivendicati dalle coppie. Per altri versi, però, l'aggancio all'art. 32 Cost. può dar luogo ad ulteriori insidie, oltre a quella dei confini concettuali del diritto alla salute, per investire anche la dimensione sociale e propriamente prestazionale del relativo diritto, coinvolgendo, ancora più monte, la concezione dei diritti sociali a prestazione e il loro carattere condizionato. Vi è in effetti una forte concatenazione tra questi profili, tanto più evidente considerata la relazione biunivoca tra concezione del bene salute e le diverse forme di tutela giuridica del diritto alla salute⁴⁷. Focalizzando l'attenzione su queste ultime e, più precisamente, sulla tutela cd. attiva, che si sostanzia nell'apprestamento delle prestazioni sanitarie, è noto come l'aspirazione all'erogazione universalistica e globale delle stesse sia destinata a fronteggiarsi con la scarsità delle risorse organizzative e finanziarie all'uopo indispensabili.

Si è già avuto modo di riscontrare come non siano mai mancati e persistano a tutt'oggi, nonostante gli univoci orientamenti della giurisprudenza costituzionale, posizioni oltranziste che revocano in dubbio la riconduzione di alcune pratiche entro l'ambito di protezione assicurato dall'art. 32 Cost. In particolare, molto ricorrente è l'affermazione per la quale anche le più sofisticate tecniche di PMA non consentono di curare, nel senso di reintegrare, la capacità riproduttiva di una coppia; come si è avuto modo di precisare, siffatte osservazioni si rilevano prive di fondamento, considerata la portata assunta, anche al di fuori dell'ambito propriamente riproduttivo, dalle nozioni di patologia, cura e trattamento terapeutico e soprattutto accedendo ad una nozione di salute che travalica le cure in senso stretto. Ma un versante ancor più ampio di critiche proviene da quanti, pur non negando che alcune scelte in ambito riproduttivo possano essere giustificate anche da esigenze terapeutiche, *lato sensu* intese, finiscono però per concepire queste prestazioni sanitarie e

⁴⁷ Su questi profili v. almeno R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in *Manuale di diritto sanitario*, a cura di R. Balduzzi, G. Carpani, Bologna, Neldiritto editore, 2013, pp. 24 ss.

il loro sempre più ricorrente utilizzo come un “lusso”, non compatibile con la limitatezza delle risorse economiche devolute alla sanità. La destinazione di risorse anche per quelle prestazioni si rivelerebbe troppo controversa, specie se messa a confronto con la necessità di finanziare altre prestazioni meno problematiche dal punto di vista etico. Simili rilievi critici finiscono per assumere toni particolarmente forti nel momento in cui si innestano nel più ampio dibattito relativo ai diritti sociali, all’interno del quale resistono tesi sulla persistente “minorità” dei medesimi⁴⁸ e, in specie, dei diritti sociali a prestazione, i quali richiedono una mobilitazione di risorse ben maggiore di quella dei “classici” diritti di libertà; ma quelle affermazioni possono assumere pure declinazioni meno severe, ma particolarmente efficaci, come quella di confinare nel limbo dell’ineffettività il diritto di accesso ad alcune prestazioni a causa di inerzie, omissioni o conflitti sull’apprestamento delle condizioni materiali a ciò funzionali, tanto più ricorrenti quando si tratta di prestazioni medico-sanitarie eticamente controverse. Ed è proprio questo quanto, a nostro avviso, si è concretamente verificato, dopo il lungo percorso giurisprudenziale, culminato con le già citate sentenze della Corte costituzionale, che hanno consentito la praticabilità della PMA con donazione di gameti e la diagnosi genetica preimpianto. La sent. n. 162 del 2014, annullando l’irragionevole divieto assoluto di donazione di gameti a fini procreativi, lungi dal “chiudere la partita”, ha rimandato ad un preciso e doveroso compito cui sono chiamati i poteri pubblici⁴⁹: rendere effettivo l’accesso alla fecondazione di tipo eterologo quando la richiesta provenga da soggetti infertili, ovvero «affetti da patologie produttive di una disabilità». Altrettanto complesso si è rivelato, anche dopo la sent. n. 96 del 2015, il percorso per l’accesso alla diagnosi preimpianto, vuoi per la carenza di interventi normativi volti, in particolare, a specificare le gravi patologie a trasmissione genetica che ne giustificano la praticabilità, vuoi per la mancata assunzione di misure organizzative⁵⁰ e di acquisizione di dotazioni tecnologiche. In un caso come nell’altro, comunque, l’ineffettività dell’accesso a quelle tecniche, e di qui lo svuotamento del diritto alla salute e la sostanziale vanificazione degli obblighi pubblici di tutela, si è realizzato attraverso il consolidamento di una chiave da lettura, tutt’altro che condivisibile, che declina il diritto di accesso alle prestazioni sanitarie come «diritto finanziariamente condizionato»⁵¹. Non potendo qui riprendere i rilievi

⁴⁸ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 165 ss.; cfr. anche le ampie e approfondite riflessioni di M. BENVENUTI, (voce) *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Agg. V, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 219 ss.

⁴⁹ Cfr. Trib. Trento, sez. Lavoro, ord. 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 pretensivi, attenendo al “nucleo irriducibile del diritto alla salute” inteso quale diritto sociale ad una prestazione essenziale da parte del Servizio Sanitario Nazionale».

⁵⁰ Che tra l’altro la Consulta (sent. n. 96 del 2005) aveva ritenuto di dover affidare a strutture pubbliche specializzate.

⁵¹ L’espressione diritti finanziariamente condizionati è di F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 30.

critici mossi a quella concezione⁵², ci si limita ad osservare che sul problematico scenario dischiuso dalle decisioni della Consulta hanno inciso il mancato inserimento della PMA omologa ed eterologa nei LEA e il lungo ritardo nell'aggiornamento dell'elenco di quelle prestazioni; omissioni e ritardi su cui hanno non poco pesato le difficoltà di copertura dei costi dei LEA, a fronte di risorse finanziarie sempre più limitate e di stringenti limiti di bilancio.

Ad oggi, nonostante l'evoluzione dello scenario di partenza, la situazione concreta delle coppie interessate a ricorrere alle tecniche di PMA o alla diagnosi preimpianto per ragioni terapeutiche non pare di molto mutata. Quantunque anche la giurisprudenza amministrativa abbia offerto un significativo contributo per la garanzia dell'accesso alla PMA con donazione dei gameti⁵³, sebbene finalmente qualcosa si sia “mosso” anche sul piano politico e non solo giudiziale – considerata l'approvazione del d.P.C.M. 12 gennaio 2017 recante i nuovi LEA –, nonostante, in tempi ancora più recenti, la Corte costituzionale abbia oltremodo sottolineato la doverosità dell'erogazione e del finanziamento delle prestazioni ivi elencate⁵⁴, i rischi di ineffettività ed iniquità, anche per persistenti differenziazioni su base territoriale, nell'accesso alle tecniche suddette è ancora alto. Con riguardo alla diagnosi genetica preimpianto, infatti, va precisato che siffatta metodica non è stata inserita nell'elenco dei LEA ed è questo un problema⁵⁵ che si va a sommare a quello della mancata elencazione delle gravi patologie a trasmissione genetica, che ne legittimano il ricorso, e a quello della mancata definizione di procedure e controlli per le strutture pubbliche specializzate, autorizzate a svolgere quegli interventi. In relazione invece alla fecondazione assistita omologa e eterologa, se, per un verso, la loro esplicita inclusione nei LEA e, precisamente, nelle prestazioni di specialistica ambulatoriale ha consentito di non metterne più in discussione l'erogazione in tutto il territorio nazionale, per altri versi, quell'inserimento non ha dissipato del tutto i dubbi sulla loro riconducibilità al c.d. nucleo essenziale del diritto alla salute, il che evidentemente è cosa di straordinaria rilevanza, tanto quanto la “capienza” dell'art. 32 Cost., in quanto consente di dare concretezza alla funzione essenziale di tutela della salute in capo alla Repubblica, definendo ciò che l'ordinamento considera obbligatorio ed essenziale fornire all'individuo titolare di quel diritto.

⁵² Sia consentito rinviare a quanto più ampiamente trattato in M.P. IADICICCO, *op. cit.*, pp. 120 ss., e soprattutto alla letteratura ivi richiamata.

⁵³ V. almeno TAR Veneto, sent. 501 del 2015; TAR Lombardia, Sez. III, n. 2271/2015, Consiglio di Stato, sent. n. 3297/2016; TAR Lombardia, Sez. III, n. 1681/2019, su cui F. SICILIANO, *Sull'apporto delle dinamiche del diritto amministrativo alla tutela della decisione di avere figli con la tecnica della PMA eterologa: dalla “relativizzazione” del vuoto normativo all'orizzonte delle generazioni future*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, pp. 209 ss.

⁵⁴ In part. v. Corte cost., sent. n. 62 del 2020, sulla quale criticamente A. MORRONE, *La “visione trascendente” dei Lea e la realtà del Ssn*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020.

⁵⁵ Affrontato da alcuni giudici ordinari aditi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. V. Trib. Milano, sez. I civ., 18 aprile 2017; Trib. Vercelli, sez. civ.-Lavoro, 15 ottobre 2018.

Inoltre, si rinvengono, a tutt'oggi e nonostante il lungo travaglio dell'aggiornamento dei LEA, ulteriori indugi e ritardi su alcuni profili, in ispecie, nella definizione dei costi dei trattamenti e delle tariffe a carico delle coppie; questi rallentamenti potrebbero nuovamente offrire il destro per vanificare le previsioni normative e confinare ancora nel limbo dell'ineffettività il soddisfacimento del fondamentale diritto alla salute delle coppie che rivendicano l'accesso a quelle tecniche. Ora, se da un lato l'inclusione anche della PMA con donazione di gameti nei LEA non consentirà più che si ripeta quanto accaduto, dopo la sent. n. 162 del 2014, e cioè che alcune Regioni operino irragionevoli distinzioni tra i due trattamenti di PMA omologa ed eterologa al deliberato, anche se magari non dichiarato, scopo di rendere più gravoso l'accesso a quest'ultima prestazione perché eticamente più controversa (e non solo perché sia necessario, come in effetti è, garantire anche altri interessi ivi implicati); dall'alto lato, il complesso meccanismo di determinazione dei ticket sanitari, che impegna sia lo Stato, quanto le Regioni, sta determinando ulteriori ritardi nell'avvio dei trattamenti. Va infatti ricordato che l'art. 49 del d.P.C.M. sui LEA del 2017 affida alle Regioni il compito di 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 finali⁵⁶, 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 prestazioni, decreto ad oggi ancora non emanato e il cui ritardo sta determinando la persistenza di incertezze e significative differenze all'interno del territorio della Repubblica quanto all'effettività ed equità nell'accesso a tali trattamenti.

⁵⁶ Art. 64, comma 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».