

N. 03297/2016REG.PROV.COLL.

N. 09944/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9944 del 2015, proposto dalla Regione Lombardia, in persona del Presidente della Giunta Regionale *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Pio Dario Vivone e Maria Emilia Moretti, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Cristiano Bosin in Roma, viale delle Milizie, n. 34;

contro

L'Associazione «*Sos Infertilità*» Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Massimo Clara e Lorenzo Carmelo Platania, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Cinzia Ammirati in Roma, via F. Paulucci de' Calboli, n. 60;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano, Sez. III, n. 2271/2015, resa tra le parti;

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Associazione «*Sos Infertilità*» Onlus;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2016 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per la Regione Lombardia l'Avvocato Cristiano Bosin su delega dell'Avvocato Maria Emilia Moretti e per l'Associazione «*Sos Infertilità*» Onlus, odierna appellata, l'Avvocato Manuela Mulas su delega dell'Avvocato Massimo Clara;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 ha vietato alle coppie sterili o infertili di accedere alla «*procreazione medicalmente assistita (PMA) di tipo eterologo*».

1.1. Con il dispositivo della sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4, comma 3, nella parte in cui aveva vietato, «*per la coppia di cui all'art. 5, comma 1, della medesima legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili*».

2. Con la delibera del 12 settembre 2014, n. X/2344, la Giunta Regionale della Lombardia:

- ha autorizzato le attività di «*procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*» presso i «*Centri P.M.A.* » presenti sul territorio regionale, che già erano stati autorizzati in precedenza a effettuare le attività di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, in base alle originarie previsioni della l. n. 40 del 2004;
- ha sospeso le procedure per il rilascio di ulteriori autorizzazioni e accreditamenti a Centri che intendano svolgere le attività di procreazione medicalmente assistita;

- ha mantenuto ferme le preesistenti determinazioni che avevano posto a carico della Regione i costi per la fecondazione di tipo omologo, salvo il pagamento di un *ticket* da parte degli assistiti;

- ha disposto che i costi per la fecondazione di tipo eterologo gravino interamente sugli assistiti, finché le tecniche di P.M.A. di tipo eterologo non siano inserite nei 'livelli essenziali di assistenza' (L.E.A.).

2.1. Con la successiva delibera del 7 novembre 2014, n. X/2611, per le «prestazioni medicalmente assistite» sulla fecondazione di tipo eterologo, la Giunta Regionale ha fissato le tariffe a carico degli utenti, comprese tra i 1.500 e i 4.000 euro, in base alla complessità dell'intervento.

3. Con il ricorso di primo grado n. 3246 del 2014 (proposto al T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano), l'Associazione «SOS Infertilità» Onlus – il cui statuto prevede l'assistenza alle coppie nel settore della procreazione medicalmente assistita – ha impugnato le sopra indicate delibere regionali del 12 settembre 2014 e 7 novembre 2014.

3.1. L'Associazione ha lamentato la disparità di trattamento che tali delibere hanno prodotto tra le coppie che, in base alle indicazioni terapeutiche, intendano ricorrere alla fecondazione omologa e le coppie che intendano ricorrere a quella eterologa e, dunque, la violazione di molteplici disposizioni costituzionali, nonché degli artt. 4 e 5 della l. n. 40 del 2004.

4. Con la sentenza n. 2271 del 2015, il T.A.R. per la Lombardia ha accolto in parte il ricorso della associazione appellata, ravvisando il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento tra le coppie, ed ha annullato le impuginate delibere del 12 settembre 2014 e 7 novembre 2014, nella parte in cui esse hanno posto a carico integrale degli assistiti il costo delle prestazioni per la PMA di tipo eterologo, stabilendone le relative tariffe.

4.1. In motivazione, il T.A.R. ha ritenuto che:

- «*l'ipotizzata carenza di risorse non potrebbe comunque determinare il completo sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti che, in possesso dei prescritti requisiti (cfr. il punto 11.1 del considerato in diritto della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale), volessero ricorrere alla procedura di PMA eterologa, considerato che il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, qual è quello alla salute, cui la predetta prestazione va ricondotta, non può giammai essere posto in discussione, pur in presenza di situazioni congiunturali particolarmente negative (c.d. diritti finanziariamente condizionati)*» (pp. 8-9 della sentenza impugnata);

- «*il trattamento deteriore riservato alla PMA di tipo eterologo appare illegittimo anche per violazione del canone di ragionevolezza, attesa la riconducibilità di questa allo stesso genus della PMA di tipo omologo, assoggettata invece al pagamento del solo ticket*» (p. 9 della sentenza impugnata).

- le differenze tra le due procedure non rappresentano un elemento di selezione idoneo a giustificare il diverso trattamento, vista la loro sostanziale omogeneità derivante dalla comune assoggettabilità all'art. 7 della l. n. 40 del 2004, che fonda le *Linee guida* emanate dal Ministro della Salute, contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

5. Con l'appello in esame, la Regione Lombardia ha censurato la sentenza del T.A.R. ed ha chiesto che in sua riforma sia integralmente respinto il ricorso di primo grado.

5.1. La Regione Lombardia ha proposto due articolati motivi d'appello.

5.2. L'appellante, anzitutto, ha lamentato che il T.A.R.:

a) pur avendo correttamente richiamato il «*principio-categoria*», elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, dei «*diritti finanziariamente condizionati*», in modo contraddittorio se ne sarebbe discostato, arrivando a sostenere che «*in ogni caso*» la ristrettezza di risorse non potrebbe determinare il completo sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti che volessero avvalersi della fecondazione eterologa;

b) avrebbe descritto un sistema sanitario *de iure condendo* e non rispondente alle leggi vigenti, perché dopo la riforma del d. lgs. n. 502 del 1992 il sistema si regge su un principio diverso, che postula il divieto di far gravare sul fondo sanitario nazionale il costo di prestazioni e di servizi non essenziali (intendendo per essenziali quelli espressamente previsti nell'elenco dei L.E.A. e non quelli che dovrebbero essere qualificati tali, volta per volta, nel caso concreto);

c) al di fuori dei L.E.A., e dunque anche per le tecniche di P.M.A., le Regioni possono erogare ulteriori servizi e prestazioni, utilizzando la stessa griglia dei L.E.A. in termini di appropriatezza e qualità, ma con oneri a carico del proprio bilancio, sicché rientra nella insindacabile discrezionalità della Regione il valutare se erogare le relative prestazioni a carico del proprio bilancio.

5.3. Con un secondo motivo connesso al primo, la Regione Lombardia, pur rilevando che la fecondazione omologa e quella eterologa sono *species* dello stesso *genus*, sottolinea però che:

a) la fecondazione eterologa si sarebbe affermata come «*tecnica percorribile*» solo in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, dopo che vi è stata la regolazione della fecondazione omologa, anche sotto i profili economici;

b) in un determinato contesto storico ed economico, a suo tempo la Regione ha deciso di sostenere i costi per la P.M.A. di tipo omologo, mentre un'analoga scelta è risultata non praticabile nel 2014, in un periodo «*segnato dalla restrizione continua delle risorse per il SSN che mette in discussione, o comunque rende problematica, la stessa erogazione dei LEA*» (p. 10 dell'appello);

c) i L.E.A. regionali sono frutto di scelte discrezionali, sindacabili in sede giurisdizionale solo se manifestamente irrazionali.

5.4. L'Associazione appellata si è costituita in giudizio ed ha chiesto che l'appello sia respinto.

5.5. Le parti hanno depositato memorie difensive, con cui hanno illustrato le questioni controverse ed hanno insistito nelle formulate conclusioni.

5.6. Nella pubblica udienza del 9 giugno 2016 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

6. Ritiene la Sezione che le articolate censure della Regione Lombardia – da esaminare unitariamente per la loro stretta interrelazione – sono infondate e vanno respinte.

7. Vanno premessi i principi rilevanti in materia di «*procreazione medicalmente assistita*» (P.M.A.), per come essi sono stati fissati dalla legge n. 40 del 2004 e sono stati poi incisi dalle statuizioni della sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014.

7.1. La fecondazione assistita dell'ovulo da parte degli spermatozoi fa parte della più ampia categoria della «*procreazione medicalmente assistita*» (P.M.A.), che raggruppa le tecniche, di qualsiasi natura (chirurgica, farmacologia, ormonale, meccanica, etc.), che consentono ad una coppia sterile la procreazione.

7.2. Anche se nell'uso comune le due espressioni sono talvolta considerate equivalenti, la fecondazione assistita è un sottoinsieme della P.M.A. che, però, tratta esclusivamente il processo di fecondazione dei gameti (cellule riproduttive).

7.3. In base alla provenienza dei materiali biologici, la fecondazione assistita si distingue in «*omologa*» (se il materiale biologico appartiene ai genitori del nascituro) e in «*eterologa*» (se il materiale biologico non appartiene ad uno dei due genitori o a nessuno dei due).

7.4. Sulla questione se le tecniche di fecondazione assistita (omologa od eterologa), rientrino propriamente nel concetto di «*cura*» e siano oggetto di «*prestazioni mediche*», ovvero se costituiscano un mero «*sostegno alla coppia*», si è pronunciata la Corte Costituzionale, che – con le sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015 – ha posto in rilievo come tali tecniche incidano sulla salute, fisica e certamente psichica, della coppia ed anzi riguardi quel «*nucleo irriducibile del diritto alla salute*», inteso sia quale

irrinunciabile libertà dell'individuo, sia quale diritto sociale ad una prestazione essenziale da parte del Servizio Sanitario Nazionale.

7.5. Quanto alla portata delle disposizioni della legge n. 40 del 2004 sulle tecniche di *«procreazione medicalmente assistita»*, si evince dai suoi articolati lavori preparatori – già richiamati in dettaglio dalla citata sentenza della Corte Cost. n. 162 del 2014 – che il divieto previsto dall'art. 4, comma 3, aveva innovato il precedente quadro normativo, nel quale era lecita l'attività volta alla *«procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»*.

7.6. In precedenza, il Ministro della Sanità con la *«circolare»* n. 55 del 1985 individuò i *«Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del servizio sanitario nazionale»*, mentre con la successiva circolare n. 17 del 1992 ammise la fecondazione di tipo eterologo anche nelle strutture pubbliche.

7.7. La successiva ordinanza ministeriale del 5 marzo 1997 impose il *«Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti e di embrioni umani»* e dispose che tutti i centri, pubblici e privati, in cui si praticavano le tecniche di P.M.A. dovessero comunicare – al Ministero della Sanità, all'Istituto Superiore di Sanità (ISS) e al competente Assessorato Regionale – la denominazione del centro e, tra gli altri dati, il tipo di attività espletata, per consentire un primo censimento dei centri dove veniva praticata la P.M.A., di tipo omologo od eterologo: dalla relativa *«Indagine»*, era risultato il censimento, nel 2003, di 384 centri nei quali in Italia si praticava la *«procreazione medicalmente assistita»*, di tipo omologo ed eterologo.

7.8. La legge n. 40 del 2004 (*«Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*) all'art. 1, comma 1, ha *«consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito»*.

7.9. Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono state permesse dall'art. 4, comma 1, solo nel caso di accertata e documentata impossibilità di

rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione (ovvero – come statuito con la sentenza della Corte Cost. n. 96 del 2015 – anche nel caso in cui le coppie siano fertili, ma portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili, accertate ai sensi dell'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978).

8. Per quanto rileva nel presente giudizio, come prima si è osservato:

- l'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004 aveva innovativamente vietato le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo (in precedenza ammessa dai sopra indicati atti ministeriali).

- il quadro normativo è sensibilmente mutato per effetto della già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del medesimo art. 4, comma 3, nella parte in cui esso stabiliva il divieto del ricorso a tecniche di «*procreazione medicalmente assistita*» di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.

8.1. La Corte Costituzionale ha ritenuto che:

- nella comparazione tra l'aspirazione della coppia infertile alla genitorialità e la tutela del nato, non aveva una razionale giustificazione la proibizione assoluta della fecondazione eterologa, con gameti estranei alla coppia;

- non sono dirimenti le differenze di P.M.A. di tipo omologo ed eterologo, da considerarsi entrambe *species* dello stesso *genus*, «*benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia*», dal momento che, anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano queste tecniche, l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme con il proprio *partner*, con la fecondazione di tipo eterologo, può incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla «*salute della coppia*» (nell'accezione che al relativo diritto deve essere data secondo una nozione dinamica della salute, già accolta anche da questo Consiglio nella sentenza della sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460);

- l'originario divieto legislativo della fecondazione di tipo eterologo poneva un *vulnus* al diritto alla salute, così inteso in tale dinamica e moderna accezione aperta alle istanze più profonde e irrinunciabili dell'individuo;
- il divieto della P.M.A. di tipo eterologo – fermo il divieto di maternità surrogata, previsto dall'art. 12, comma 6, della stessa legge n. 40 del 2004 – aveva introdotto un elemento di irrazionalità, *«poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, [...] è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis»* (sent. n. 162 del 2014);
- la legge creava, altresì, un ingiustificato, *«diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi».*

9. Rileva la Sezione che la sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale – nel rimuovere il divieto legislativo della fecondazione eterologa – al § 11.1. ha dato atto di come essa non avrebbe determinato *«incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto»*, ovvero quando *«sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute»*

9.1. Tuttavia, sotto il profilo organizzativo del Servizio Sanitario Nazionale (ed ai rapporti intercorrenti tra le coppie e le strutture regionali), dopo la sentenza della Corte Costituzionale per le attività divenute lecite non sono state emanate ulteriori disposizioni, né da parte del Parlamento nazionale, né da parte (per quanto rileva nel giudizio) dalla Regione Lombardia.

9.2. Le parti di questo giudizio hanno richiamato alcune iniziative, di carattere amministrativo e anche di carattere legislativo, volte a disciplinare tali attività ovvero a inserire la *«procreazione medicalmente assistita»* nell'ambito dei *«livelli essenziali di assistenza»*.

9.3. Tali iniziative, tuttavia, non hanno condotto all'emanazione di regole legislative incidenti sullo *status* delle coppie, sicché – in loro mancanza – le Regioni ben possono esercitare i loro poteri amministrativi previsti dal d. lgs. n. 502 del 1992.

9.4. Nel frattempo, con decreto del 1° luglio 2015, il Ministero della salute ha aggiornato le «*Linee Guida*» (emanate nel 2008 in applicazione dell'art. 7 della l. n. 40 del 2004), disponendo che «*nel caso di applicazione di tecniche di PMA di tipo eterologo, al fine di evitare illegittime selezioni eugenetiche, non è possibile per le coppie scegliere particolari caratteristiche fenotipiche del donatore*», e l'art. 1, comma 298, della l. n. 190 del 2014 ha istituito il «*Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di PMA*» di tipo eterologo.

9. In assenza di aggiornamenti al riguardo dei «*livelli essenziali di assistenza*», si è verificata una peculiare situazione, nella quale vi è la concreta possibilità di trattamenti differenziati nell'ambito delle singole Regioni.

9.1. Per le Regioni sottoposte al «piano di rientro sanitario» (Abruzzo, Campania, Lazio, Molise, Puglia) vi è attualmente un trattamento uniforme di carattere «negativo»: l'art. 1, comma 174, della l. n. 311 del 2004 ha vietato di effettuare «*spese non obbligatorie*», tra le quali rientrano quelle di copertura delle prestazioni sanitarie non inserite nei L.E.A. (v., sul punto, Corte cost., 29 maggio 2013, n. 104).

9.2. Per le Regioni non sottoposte al «piano di rientro sanitario», in assenza di regole statali, può esservi una disciplina differenziata, che tenga conto delle risorse disponibili.

9.3. In data 4 settembre 2014, a seguito della conclusione di un accordo volto a «*rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale*», la «Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome» ha approvato un «*Documento sulle problematiche relative alla fecondazione assistita eterologa a seguito della*

sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014» (doc. 3 fasc. parte ricorrente in primo grado).

9.4. Con tale «Documento» (v. p. 10), la «Conferenza delle Regioni e delle Province autonome» ha sottolineato *«l'urgente necessità dell'inserimento nei LEA delle tecniche di PMA omologa e di quella eterologa»* e ha ritenuto necessario che *«per la PMA eterologa le strutture pubbliche e quelle accreditate siano pronte ad effettuare queste metodiche, attraverso una quantificazione economica omogenea tra le Regione e le Province Autonome mediante il riconoscimento delle prestazioni delle attività svolte da parte del SSN».*

9.5. Il successivo 25 settembre 2014 la medesima Conferenza, con la *«Definizione tariffa unica convenzionale per le prestazioni di fecondazione eterologa»*, ha ribadito *«il principio di considerare la PMA (sia l'omologa che l'eterologa) un LEA, in attesa, come richiesto, del loro inserimento nel DPCM sui livelli essenziali di assistenza che, come previsto nel Patto per la Salute 2014-2016, dovrà essere rivisto entro la fine dell'anno»* (doc. 4 fasc. parte ricorrente in primo grado).

9.6. In tale ultima occasione, *«la Regione Lombardia ha comunicato che, fino a quando le prestazioni di PMA non verranno ricomprese nel DPCM che individua i LEA, le stesse saranno a carico dell'assistito anche qualora venissero rese da strutture di altre Regioni»* (doc. 4 fasc. parte ricorrente in primo grado).

9.7. Gli atti della «Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome» hanno trovato una differente attuazione nelle singole Regioni (con conseguente 'mobilità interregionale', soprattutto per le coppie residenti nelle Regioni che non finanziano le P.M.A.).

9.8. Come emerge dagli atti acquisiti, alcune Regioni hanno recepito i contenuti del «Documento» del 4 settembre 2014, prevedendo la rimborsabilità delle PMA di tipo eterologo, a carico del Servizio Sanitario Nazionale (le Regioni Toscana, Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia e l'Umbria, nonché la Regione Veneto, con alcune particolari regole sul rilievo di limiti di età).

9.9. Le Regioni soggette al «piano di rientro» si sono dovute attenere alle disposizioni della legge statale, escludendo che i relativi costi vadano posti a carico del Servizio Sanitario Nazionale.

10. Ritiene la Sezione, tutto ciò premesso, che – come ha correttamente rilevato la sentenza appellata – risultano effettivamente illegittimi gli atti impugnati in primo grado, con cui la Regione Lombardia ha stabilito di non sovvenzionare le prestazioni di «*procreazione medicalmente assistita*» di tipo eterologo (a differenza delle prestazioni di PMA di tipo omologo, che sono state poste a carico del Servizio Sanitario Nazionale, con il pagamento di un *ticket* da parte dell'assistito).

11. Nel quadro successivo alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte Costituzionale, contraddistinto da marcate differenze territoriali, tra Regione e Regione, nell'accesso alle prestazioni sanitarie, la Regione Lombardia ha stabilito di non sovvenzionare le prestazioni di P.M.A. di tipo eterologo, a differenza delle prestazioni di P.M.A. di tipo omologo, salvo il pagamento di un *ticket* da parte dell'assistito.

11.1. Tale decisione è stata espressa e formalizzata nella qui impugnata deliberazione del 12 settembre 2014, n. X/2344.

11.2. Il T.A.R. per la Lombardia, come si è premesso (v. *supra* § 4), ha annullato tale delibera nella misura in cui essa ha distinto la fecondazione omologa da quella eterologa, quest'ultima posta ad intero carico dell'assistito, poiché ha ritenuto che «*l'ipotizzata carenza di risorse non potrebbe comunque determinare il completo sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti che, in possesso dei prescritti requisiti (cfr. il punto 11.1 del considerato in diritto della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale), volessero ricorrere alla procedura di PMA eterologa, considerato che il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, qual è quello alla salute, cui la predetta prestazione va ricondotta, non può giammai essere posto in discussione, pur in presenza di situazioni congiunturali particolarmente*

negative (c.d. diritti finanziariamente condizionati: cfr., tra le altre, Corte costituzionale, sentenze n. 248 del 2011 e n. 432 del 2005)» (pp. 8-9 della sentenza impugnata).

11.3. Richiamando le motivazioni della sentenza n. 162 del 10 giugno 2014 della Corte Costituzionale, sopra riportate, il giudice di primo grado ha osservato *«come il trattamento deteriore riservato alla PMA di tipo eterologo appare illegittimo anche per violazione del canone di ragionevolezza, attesa la riconducibilità di questa allo stesso genus della PMA di tipo omologo, assoggettata invece al pagamento del solo ticket»* (p. 9 della sentenza impugnata).

12. La Regione Lombardia ha contestato tali motivazioni per due ordini di motivi, sostanzialmente connessi, sopra sintetizzati.

13. Entrambi i motivi, che devono essere unitariamente esaminati per la loro stretta interrelazione, sono infondati.

13.1. Si può prescindere dal preliminare rilievo che le ragioni di ordine finanziario non sono state esplicitate dalla Regione nei provvedimenti impugnati in primo grado per esaminare, nel merito, il tema centrale del presente giudizio e, cioè, la legittimità del potere esercitato dall'Amministrazione nell'organizzazione di un pubblico servizio essenziale quale quello sanitario.

13.2. Questo potere, che conforma il concreto esercizio del diritto alla salute, spetta all'Amministrazione sanitaria, poiché è evidente che, fuori dai vincoli relativi ai livelli essenziali di assistenza e da oggettivi criteri di economicità e di appropriatezza, le scelte organizzative in questa materia rientrano nella sfera di massima discrezionalità politico-amministrativa, demandata dal d. lgs. n. 502 del 1992 all'Amministrazione regionale (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2015, n. 604; Cons. St., sez. III, 7 dicembre 2015, n. 5538).

13.3. Compete all'Amministrazione sanitaria, quindi, il compito di fissare le condizioni e i limiti e, più in generale, la cornice delle linee organizzative e delle

modalità procedurali entro la quale si attua il concreto esercizio del diritto alla salute e l'effettiva erogazione delle prestazioni sanitarie.

13.4. Il giudice amministrativo deve limitarsi a valutare se sussistano in questo apprezzamento profili di evidente illogicità, di contraddittorietà, di ingiustizia manifesta, di arbitrarietà o di irragionevolezza nella scelta amministrativa (v., sul punto, Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2015, n. 604; Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2501).

13.5. Occorre premettere, nell'affrontare la questione, che il riconoscimento del diritto alla salute non è assoluto e incontra limiti sia esterni, posti dall'esistenza di diritti costituzionali di pari rango, che interni, posti appunto dall'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale.

13.6. Il primo e più grave limite, connaturato al potere organizzativo dell'Amministrazione, è quello finanziario, che si riflette in modo inevitabile, e profondamente incisivo, sull'organizzazione regionale del servizio sanitario, come emerge dalla più recente esperienza della crisi finanziaria e delle politiche improntate al contenimento del disavanzo pubblico (v., in questo senso, Cons. St., sez. III, 7 dicembre 2015, n. 5538, sopra già menzionata).

13.7. Questo limite, al pari di tutti gli altri intrinseci ad un sistema sanitario organizzato secondo i principi di universalità e appropriatezza, conforma e, nel contempo, tempera l'esercizio del diritto alla salute da parte del singolo assistito in accordo con l'eguale riconoscimento, a parità di sostanziali condizioni, da parte degli altri aventi diritto, in un contesto nel quale alla crescita, per quantità e per qualità, della domanda sanitaria corrisponde la limitatezza delle strutture pubbliche e il sempre più rigoroso contenimento delle risorse finanziarie, sottoposte a vincoli di bilancio assai stringenti (v., sul punto e in particolare, la già menzionata sentenza di questo Consiglio, sez. III, 7 dicembre 2015, n. 5538).

14. La Regione deve garantire ragionevolmente il medesimo trattamento a tutti i soggetti che versino nella stessa sostanziale situazione di bisogno, a tutela del nucleo irriducibile del diritto alla salute (art. 32 Cost.), quale diritto dell'individuo e interesse della collettività, o di altri costituzionalmente rilevanti – qui, in particolare, quelli di cui agli artt. 2, 3, 29 e 31 Cost. – e in applicazione, comunque, del superiore principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, comma secondo, Cost.

14.1. Pur dovendo considerare la scarsità dei mezzi e la limitatezza delle risorse di cui dispone, infatti, l'Amministrazione non può ignorare una domanda di prestazione sanitaria che si faccia portatrice di interessi sostanziali parimenti bisognosi di risposta, poiché verrebbe meno, altrimenti, al fondamentale compito che le compete in uno Stato sociale di diritto, quello di garantire i livelli essenziali di assistenza o, comunque, l'effettività di un diritto complesso – e così essenzialmente interrelato all'organizzazione sanitaria – come quello alla salute nel suo nucleo irriducibile, pur in un quadro di risorse finanziarie limitate.

15. La stessa Corte Costituzionale ha certo ribadito, ormai da tempo, la configurazione del diritto alle prestazioni sanitarie come *“finanziariamente condizionato”*, giacché *«l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario»* (Corte cost., 27 luglio 2011, n. 248).

15.1. In quest'ottica la definizione dei livelli essenziali di assistenza in materia sanitaria (e delle prestazioni sanitarie che vanno erogate su tutto il territorio nazionale), con apposito d.P.C.M., è finalizzata, dunque, non solo ad offrire, in positivo, un catalogo delle prestazioni che lo Stato è tenuto a garantire per assicurare l'effettività del diritto alla salute, ma va considerata anche come il limite

che le singole Regioni non possono superare senza creare uno squilibrio delle proprie risorse finanziarie.

15.2. Cionondimeno, come rilevato dalla stessa Regione appellante, le Regioni non sottoposte al piano di rientro per il dissesto finanziario causato dalla spesa sanitaria (v., per queste, Corte cost., 29 maggio 2013, n. 104) ben possono consentire l'erogazione di prestazioni sanitarie aggiuntive rispetto al "catalogo" dei L.E.A., assumendosene l'onere economico, laddove ciò sia finalizzato a garantire il "nucleo irriducibile" del diritto alla salute.

15.3. E tanto è stato fatto proprio dalla Regione Lombardia con riferimento, almeno inizialmente (e, cioè, prima della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale), alla P.M.A. di tipo omologo, per il quale gli assistiti pagavano e pagano un *ticket*, anche dopo la pronuncia di illegittimità costituzionale.

16. Non è dato tuttavia a questo Collegio individuare nelle determinazioni regionali, pur nella loro ampia discrezionalità, le ragioni di questa distinzione tra le prestazioni di P.M.A. di tipo omologo, finanziate dalla Regione, e quelle di tipo eterologo, poste invece ad integrale carico degli assistiti.

16.1. Alla Regione appellante non giova, per sostenere la legittimità di siffatta distinzione, l'argomento secondo cui simili scelte, consistenti nel finanziare prestazioni sanitarie aggiuntive rispetto ai L.E.A., sono sempre "*discriminatorie*", attenendo a valutazioni che, salvi casi di manifesta irrazionalità, non sono sindacabili dal giudice amministrativo.

16.2. 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, espresso nel provvedimento e sindacabile dal giudice amministrativo.

16.3. Se è vero che l'esercizio della discrezionalità amministrativa, ad ogni livello decisorio, ha anche un indubbio margine di "politicità", poiché seleziona taluni

interessi rispetto ad altri, nell'esercizio del potere, a fronte di mezzi e risorse scarsi, è pur vero che questo esercizio, che implica necessariamente una scelta anzitutto per ragioni di ordine finanziario, non può penalizzare in modo indiscriminato altri interessi, parimenti meritevoli di tutela, senza giustificarne le ragioni, risiedendo proprio nell'esternazione di queste ragioni l'essenza dell'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

16.4. Tale principio è stato già affermato da questo Consiglio per i casi in cui un provvedimento amministrativo regionale disponga provvidenze nei confronti di pazienti affetti da malattie particolarmente gravi, da considerare equivalenti sulla base di regole fissate nella stessa sede regionale (Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2501; Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1713, entrambe in fattispecie in cui la destinazione delle risorse economiche era stata illegittimamente riservata ai malati di SLA, senza tenere conto delle esigenze di altri malati, affetti da gravissime patologie da considerare equiparabili, «*a parità di punteggio Barthelemy*», cioè in base ad un criterio oggettivo, individuato in sede regionale).

16.5. A maggior ragione, quindi, il Collegio ritiene che il medesimo principio si debba applicare quando si tratti delle prestazioni riguardanti «*categorie*» che vanno considerate equiparabili sulla base di una espressa disposizione di legge ovvero, il che è lo stesso, da una sentenza della Corte Costituzionale, sicché in sede amministrativa, a seguito della sentenza n. 162 del 2014, non possono esservi discriminazioni tra le coppie che si possono legittimamente avvalere della fecondazione omologa e quelle che si possono legittimamente avvalere di quella eterologa.

17. L'imparzialità dell'amministrazione, che è tutt'uno con il suo buon andamento, risponde al quadro di fondamentali principi costituzionali e, primo tra tutti, a quello di eguaglianza sostanziale, il quale consente, ed anzi impone, che le scelte dell'autorità siano sì selettive, ma mai discriminatorie.

17.1. Il *punctum discriminis* poi, in questa specifica materia, non può essere rinvenuto nelle sole esigenze finanziarie che, pur dovendo essere preservate in un ragionevole contemperamento di altri beni costituzionali (v., in particolare, artt. 81 e 117, comma secondo, lett. e) Cost.), mai possono sacrificare interamente il nucleo irriducibile e “*indefettibile*” del diritto alla salute, nucleo indefettibile che la stessa Corte Costituzionale, nel § 7 della sentenza n. 162 del 2014, ha riaffermato proprio in riferimento alla fecondazione eterologa e a tutela dei soggetti meno abbienti, privi delle risorse economiche sufficienti a sostenerne i costi e a praticarla all'estero.

17.2. Il richiamo a tali esigenze finanziarie, peraltro – come accennato – nemmeno adombrate nei provvedimenti regionali, non può giustificare né celare la mancanza di adeguate ragioni selettive, che pongano un ragionevole punto di discriminazione nell'accesso alle prestazioni sanitarie di soggetti aventi pari diritto.

17.3. Anche il riferimento della Regione appellante (pp. 14-15 del ricorso) alla mancata inclusione dei L.E.A., perciò, non appare decisivo, poiché esso non impedisce alla Regione – che, come detto, non versò in uno stato di dissesto finanziario – di ammettere, nella propria autonomia garantita anche dall'art. 117 Cost., l'erogazione di prestazioni sanitarie aggiuntive rispetto ai L.E.A., laddove disponga di risorse finanziarie utili a tal fine, come ha appunto fatto la Regione appellante, assumendo a proprio carico, sia pure con la previsione di un *ticket*, le tecniche di fecondazione omologa.

17.4. Nel fare ciò la Regione, pur muovendo da un iniziale approccio che ha tenuto conto delle esigenze delle coppie interessate alla P.M.A. di tipo omologo, non ha poi parimenti considerato le esigenze di quelle interessate alla P.M.A. di tipo eterologo, pure penalizzate in egual modo dalla mancanza di adeguate risorse economiche per poter accedere a tali prestazioni, che la Corte costituzionale ha equiparato, sul piano della tutela del diritto alla salute, a quelle di tipo omologo.

18. La doverosa considerazione delle esigenze finanziarie da parte dell'Amministrazione non possono indurla a discriminare, come è avvenuto nel caso di specie, talune prestazioni all'interno di una categoria di medesimi assistiti da trattare in modo unitario, incidendo negativamente, per i soggetti discriminati, sul loro diritto alla salute, per quanto *“finanziariamente condizionato”*, e sul nucleo *“irriducibile”* ed essenziale del loro diritto, quale affermato e configurato dalla Corte costituzionale.

18.1. Se scelta vi è e vi deve essere, perciò, l'Amministrazione deve individuare un ragionevole punto di raccordo e di bilanciamento tra i due valori costituzionali, la salute e l'equilibrio finanziario.

18.2. Poiché è anzitutto nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale che il diritto alla fecondazione eterologa deve trovare attuazione, l'impedimento della sua attuazione, come ha chiarito la Corte Costituzionale nella sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, non è *«giustificabile neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo»*.

19. Non si tratta di ipotizzare e nemmeno di vagheggiare un sistema normativo *de iure condendo*, come prospettato dalla Regione, né di imporre all'Amministrazione sanitaria l'erogazione, a proprio carico, di prestazioni non comprese nei livelli essenziali di assistenza, con non consentito aggravio della finanza pubblica regionale.

19.1. La mancata inclusione della fecondazione eterologa tra i L.E.A., dovuta alle pur comprensibili difficoltà che in una fase iniziale l'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale ha incontrato dopo la sentenza n. 162 del 10 giugno 2014, non può infatti incidere sul suo nucleo irriducibile del diritto fondamentale, riconosciuto dalla Corte Costituzionale nel § 7 della sentenza n. 162 del 2014.

19.2. L'inclusione di una prestazione nei L.E.A. costituisce la premessa perché il nucleo irriducibile del diritto alla salute sia garantito, ma è pur vero che la non

(ancora avvenuta) inclusione della prestazione tra i L.E.A. non esclude che tale nucleo irriducibile possa essere vulnerato, se non vanificato del tutto.

19.3. Malgrado la peculiarità del quadro normativo, determinatosi dopo la sentenza della Corte, l'assenza di *normae agendi* o di adeguate misure organizzative o, come si è detto, il mancato aggiornamento dei L.E.A. non possono esimere l'Amministrazione sanitaria dall'erogare un doveroso servizio o almeno dal contribuire, seppure in parte, al suo costo (v. già, in questo senso, la già richiamata pronuncia di questo Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460).

20. L'Amministrazione, proprio in base ai principi di eguaglianza e di buona amministrazione sopra esposti, non può dunque negare l'erogazione di una essenziale prestazione sanitaria senza dare conto delle ragioni che a ciò l'hanno indotta o, al più, con un riferimento a non specificate ragioni finanziarie, senza che possa comprendersi, dalla lettura del provvedimento impugnato, quale sia il bilanciamento operato dall'Amministrazione tra il diritto alla salute e i vincoli di bilancio, che la costringano a scegliere tra taluni soggetti beneficiari delle prestazioni.

20.1. Il riferimento a tali ragioni 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".

20.2. Nella specie, risultano illegittimi gli atti impugnati in primo grado, perché le stringenti ragioni di ordine finanziario, qui invocate, non hanno impedito all'Amministrazione di porre a proprio carico (sia pure col pagamento di un *ticket*) l'erogazione delle prestazioni di P.M.A. di tipo omologo, pure esse non ricomprese tra i LEA, discriminandole da quelle di tipo eterologo, nonostante le due tecniche

siano, come chiarito dalla Corte costituzionale, *species* dello stesso genere, fatte salve le specificità – che qui non vengono in rilievo – proprie di ciascuna di esse.

21. La sentenza del T.A.R., nel censurare l'irragionevolezza della disparità venutasi a creare per effetto delle determinazioni impugnate, ha dunque correttamente esercitato il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità, da parte dell'Amministrazione sanitaria, e sull'eccesso di potere nella quale è incorsa per avere discriminato le prestazioni di PMA di tipo omologo ed eterologo, «*senza una plausibile ragione discretiva, venendo così a ledere valori e beni di rango costituzionalmente protetto e situazioni riconducibili, quale che sia il loro formale inquadramento giuridico, al novero dei diritti fondamentali*» (per tale enunciazione, cfr. Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2501).

22. Ritiene il Collegio, concludendo, di dovere qui enunciare e riassumere pertanto i seguenti principi di diritto:

a) la determinazione regionale di distinguere la fecondazione omologa da quella eterologa, finanziando la prima e ponendo a carico degli assistiti la seconda, non risulta giustificata e, nell'incidere irragionevolmente sull'esercizio del diritto riconosciuto dalla sentenza n. 162 del 10 giugno 2014 della Corte Costituzionale, realizza una disparità di trattamento lesivo del diritto alla salute delle coppie affette da sterilità o da infertilità assolute;

b) la circostanza che determinate prestazioni sanitarie non siano state inserite nei livelli essenziali di assistenza, pur rappresentando un limite fissato alle Regioni (art. 117, comma secondo, lett. m, Cost.) e connesso alla salute intesa quale diritto finanziariamente condizionato, non può costituire ragione sufficiente, in sé sola, a negare del tutto prestazioni essenziali per la salute degli assistiti, né può incidere sul nucleo irriducibile ed essenziale del diritto alla salute, poiché l'ingiustificato diverso trattamento delle coppie affette da una patologia, in base alla capacità economica

delle stesse, «*assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale*» (Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162);

c) la Regione ha il potere di fissare limiti e condizioni all'esercizio di questo diritto, nell'esercizio di una ampia discrezionalità, e anche quello di riconoscere prestazioni sanitarie aggiuntive rispetto ai L.E.A., ma la distinzione tra situazioni identiche o analoghe, senza una ragione giuridicamente rilevante, integra un'inammissibile disparità di trattamento nell'erogazione delle prestazioni sanitarie e, quindi, una discriminazione che, oltre a negare il diritto alla salute (art. 32 Cost.), viola il principio di eguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3, comma secondo, Cost. e il principio di imparzialità dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost.

d) la Regione Lombardia, in quanto non sottoposta a piano di rientro, può esercitare il potere organizzativo in materia sanitaria, anche individuando prestazioni aggiuntive rispetto a quelle previste nei livelli essenziali di assistenza e selezionando categorie destinatarie delle medesime prestazioni aggiuntive, ma non può all'interno della categoria così individuata operare distinzioni che si pongano in contrasto con il principio di eguaglianza (nella specie, poiché la Regione ha posto a carico del Servizio Sanitario Regionale, sia pure con il pagamento di un *ticket*, le prestazioni di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, l'aver posto a carico delle coppie i costi di quella di tipo eterologo comporta l'illegittimità della scelta regionale in ragione della equiparazione tra le due tecniche disposta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014).

23. Per tutte le ragioni esposte, conclusivamente sintetizzate nel § 22, la sentenza impugnata va confermata, salve le ulteriori determinazioni regionali.

24. Le ulteriori considerazioni svolte dalla Regione appellante a solo fine devolutivo (pp. 10-13 e pp. 15-16 del ricorso) in ordine alle ulteriori determinazioni dei provvedimenti impugnati in primo grado, non incise dalla statuizione di annullamento del T.A.R., sono dunque irrilevanti.

25. Le spese del presente grado di giudizio, considerata la novità delle questioni trattate in un quadro normativo mutato per effetto della sentenza n. 162 del 10 giugno 2014 della Corte Costituzionale, possono essere interamente compensate tra le parti.

25.1. Rimane definitivamente a carico della Regione appellante, attesa la sua sostanziale soccombenza, il contributo unificato corrisposto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) respinge l'appello n. 9944 del 2015 e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Pone definitivamente a carico della Regione Lombardia il contributo unificato corrisposto per la proposizione dell'appello.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2016, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO