

# TRIBUNALE ORDINARIO DI TRENTO

sezione per le controversie di lavoro

**ORDINANZA ex art.669-sexies co.1 e 669-octies cod.proc.civ.**

Il tribunale ordinario di Trento, in funzione di giudice del lavoro, nella persona del magistrato dott. Giorgio Flaim,

letti gli atti e i documenti prodotti,

sentite le parti all'udienza del 16.2.2017,

OSSERVA

il *thema decidendum*

La questione oggetto della presente controversia consiste nel decidere se il giudice – in accoglimento della domanda proposta dai ricorrenti (coppia che può contrastare l'infertilità solo ricorrendo alla fecondazione degli ovociti della donna con gamete maschile di terzo) –debba ordinare, in via cautelare, all'AZIENDA PROVINCIALE PER I SERVIZI SANITARI DELLA PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO di erogare, in via diretta o indiretta, a favore dei ricorrenti, le prestazioni terapeutiche di riproduzione medicalmente assistita di tipo eterologo.

le ragioni della decisione

**a) fumus boni iuris**

Appare incontestato che:

l'AZIENDA resistente garantisce l'erogazione delle prestazioni terapeutiche di riproduzione medicalmente assistita di tipo omologo presso una propria struttura sanitaria ubicata in Arco (che a pag. 2 della memoria di parte convenuta viene definita "centro per la PMA di tipo omologo");

l'AZIENDA non eroga le prestazioni terapeutiche di riproduzione medicalmente assistita di tipo eterologo per la volontà espressa dall'Assessora alla Salute e Solidarietà sociale nella nota del 29.6.2015 ("questa Provincia non assicura e non assicurerà le prestazioni di fecondazione eterologa ai propri assistiti nonché a quelli extraprovincia fino all'inserimento ufficiale nei L.E.A. e conseguentemente l'eventuale erogazione a propri residenti in centri di altre regioni dovrà essere posta a carico diretto dell'assistito"); lo ha precisato da ultimo anche il direttore generale dell'AZIENDA resistente nella lettera del 7.12.2016 inviata al difensore dei ricorrenti ("questo è il motivo per cui la Provincia Autonoma di Trento non ha ancora previsto in un proprio provvedimento il riconoscimento dell'inseminazione eterologa come prestazione a carico del Servizio sanitario provinciale").

\* \* \*

Il *fumus boni iuris* è palesemente sussistente alla luce di numerosi precetti costituzionali (secondo l'interpretazione che ne hanno dato le giurisdizioni superiori – per tutte Corte Cost. n. 162 del 2014 e CdS, III, 23.6.2016, n. 3297;), del tutto trascurati e quindi gravemente violati dalla volontà espressa dall'Assessora alla Salute e Solidarietà sociale nella nota del 29.6.2015).

a)

La determinazione di una coppia assolutamente infertile (qual è quella composta dai ricorrenti – la difesa dell'AZIENDA ne dubita, ma i fatti allegati e documentati da costoro sub 4-8 sono idonei a fondare un'

attendibile presunzione, certamente sufficiente, quanto meno, ai fini cautelari) di diventare genitori anche ricorrendo alla tecnica di PMA eterologa “costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi” e attiene al diritto fondamentale alla salute, da intendersi “nel significato, proprio dell’art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica” (da ultimo Corte cost. 162/2014). La Consulta ha più volte (sentenze n. 167 del 2014, n. 80 del 2010, n. 251 del 2008) statuito che “nel caso di patologie produttive di una disabilità – nozione che, per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un’ampia accezione – la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell’individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”;

quindi 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” (così Cds 3297/2016 cit.).

Quindi – se è vero 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 (in primo luogo quello derivante dalla limitatezza delle risorse finanziarie disponibili) posti dal Servizio Sanitario Nazionale, il quale, in materia, è titolare di poteri amministrativi, sia normativi che gestionali, ampiamente discrezionali – tuttavia l’autorità sanitaria “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. 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... 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.)” (così Cds 3297/2016 cit.).

In proposito assume decisivo rilievo nella vicenda la statuizione di Corte cost. n. 164 del 2014, secondo cui: “Non sono dirimenti le differenze tra PMA di tipo omologo ed eterologo, benché soltanto la prima renda possibile la nascita di un figlio geneticamente riconducibile ad entrambi i componenti della coppia. Anche tenendo conto delle diversità che caratterizzano dette tecniche, è, infatti, certo che l’impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell’accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto...

La tecnica in esame... alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta, inoltre, rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica,

purché eseguita all'interno di strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati.

L'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali è, dunque, quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica... (ma) i profili ...concernenti lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori, sono... regolamentati dalle pertinenti norme della legge n. 40 del 2004, applicabili anche al nato da PMA di tipo eterologo in forza degli ordinari canoni ermeneutici. La constatazione che l'art. 8, comma 1, di detta legge contiene un ampio riferimento ai "nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", in considerazione della genericità di quest'ultima locuzione e dell'essere la PMA di tipo eterologo una species del genus, come sopra precisato, rende, infatti, chiaro che, in virtù di tale norma, anche i nati da quest'ultima tecnica "hanno lo stato di figli nati nel matrimonio o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime".... risulta, infine, confermata sia l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità ... e dell'impugnazione ex art. 263 cod.civ..., sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all'istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest'ultimo.... La questione del diritto all'identità genetica, nonostante le peculiarità che la connotano in relazione alla fattispecie in esame, neppure è nuova. Essa si è posta, infatti, in riferimento all'istituto dell'adozione e sulla stessa è di recente intervenuto il legislatore, che ha disciplinato l'an ed il quomodo del diritto dei genitori adottivi all'accesso alle informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici dell'adottato (art. 28, comma 4, della legge 4 maggio 1983, n. 184..). Inoltre, in tale ambito era stato già infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici quale garanzia insuperabile della coesione della famiglia adottiva, nella consapevolezza dell'esigenza di una valutazione dialettica dei relativi rapporti ( art. 28, comma 5, della legge n. 184 del 1983)...".

E' proprio alla luce di queste considerazioni espresse dalla Consulta che il Consiglio di Stato (sent. 3297/2016 cit.) ha ritenuto che "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.

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.

Il punctum discriminis poi, in questa specifica materia, non può essere rinvenuto nelle sole esigenze finanziarie che, pur dovendo essere preservate in un ragionevole temperamento 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 par. 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".

A prescindere dalla totale trascuratezza dei principi costituzionali come enunciati da Corte cost. n. 162/2014, la più volte citata nota assessorile del 29.6.2015 evoca il "dubbio riconoscimento nei livelli essenziali di assistenza, competenza esclusiva dello Stato come sancito dall'art. 117 della Costituzione" (si richiamano anche "non meno importanti aspetti in ordine alla sicurezza e organizzativi", di cui, però, nella memoria di costituzione dell'AZIENDA non vi è traccia).

Tuttavia a questo proposito appaiono particolarmente conferenti le statuizioni di Cds 3297/2016 cit. in ordine ad altra condotta amministrativa dal chiaro intento elusivo dell'applicazione della pronuncia Corte cost. n. 162/2014 (quella tenuta dalla Regione Lombardia che aveva posto a carico del Servizio sanitario i costi per la fecondazione di tipo omologo, salvo il pagamento di un ticket da parte degli assistiti, mentre aveva disposto che i costi per la fecondazione di tipo eterologo gravassero interamente sugli assistiti):

“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 versava 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....

18.2. 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”...

18.2 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 par. 7 della sentenza n. 162 del 2014.

19.1 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.

19.2 Malgrado la peculiarità del quadro normativo, determinatosi dopo la sentenza della Corte, l'assenza di norme 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".

Anche la nota assessoriale del 29.6.2015, al fine di giustificare la perentoria determinazione secondo cui "questa Provincia non assicura e non assicurerà le prestazioni di fecondazione eterologa ai propri assistita", richiama il mancato "inserimento ufficiale nei L.E.A.", ma si tratta di una motivazione illogica e contraddittoria perché omette di considerare che per l'erogazione delle prestazioni di PMA di tipo omologo la scelta amministrativa è stata diametralmente opposta, pur difettando parimenti l'inserimento nei L.E.A..

Quindi la volontà amministrativa espressa in quella nota ha realizzato proprio la discriminazione il cui divieto costituisce uno dei principali fondamenti della sentenza Corte cost. n. 162/2014.

\* \* \*

In definitiva, avendo per oggetto una prestazione terapeutica che attiene, in ragione dei caratteri della patologia, da cui è affetta la coppia ricorrente, al nucleo non affievolibile (da parte del potere amministrativo) del diritto alla salute e quindi ad una situazione giuridica di diritto soggettivo tutelato in via assoluta e incondizionata, la domanda proposta in via cautelare appare sorretta dal necessario *fumus boni iuris*.

#### **b) periculum in mora**

In ragione della peculiare natura del bene oggetto del diritto azionato (nonché delle allegazioni svolte diffusamente a pag. 15-17 del ricorso ) il *periculum* deve considerarsi *in re ipsa*.

#### **c) statuizioni conclusive**

In definitiva, in accoglimento del ricorso, va ordinato all'AZIENDA PROVINCIALE PER I SERVIZI SANITARI DELLA PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO di erogare, in via diretta o indiretta, a favore dei ricorrenti, le prestazioni terapeutiche di riproduzione medicalmente assistita di tipo eterologo alle medesime condizioni economicoamministrative previste per le prestazioni terapeutiche di riproduzione medicalmente assistita di tipo omologo.

Le domande di mero accertamento proposte dai ricorrenti appaiono chiaramente incompatibili con il rito cautelare.

Non viene fissato alcun termine per l'inizio del giudizio di merito alla luce del disposto ex art. 669-octies co. 6 c.p.c..

Le spese non possono che seguire la soccombenza.

**P.Q.M.**

**visti gli artt. 669octies e 700 c.p.c.,**

**1. In accoglimento del ricorso, ordina all'AZIENDA PROVINCIALE PER I SERVIZI SANITARI DELLA PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO di erogare, in via diretta o indiretta, a favore dei ricorrenti, le prestazioni terapeutiche di riproduzione medicalmente assistita di tipo eterologo alle medesime condizioni economicoamministrative previste per le prestazioni terapeutiche di riproduzione medicalmente assistita di tipo omologo.**

**2. Condanna l'AZIENDA resistente alla rifusione, in favore del ricorrente, delle spese di giudizio, liquidate nella somma complessiva di € 1.500,00 per diritti ed onorari, oltre al 12,5% per spese generali, IVA e CNPA. Trento, 16 febbraio 2017 Si comunichi alle parti.**

IL GIUDICE DEL LAVORO

(dott. Giorgio Flaim)