

La tutela delle situazioni giuridiche soggettive fondamentali da parte del giudice amministrativo: spunti di riflessione in relazione alla procreazione medicalmente assistita

di Simona Terracciano

SOMMARIO: 1. Introduzione e inquadramento del tema. – 2. L'organizzazione amministrativa e l'effettività dei diritti fondamentali. – 3. Alcune pronunce del giudice amministrativo in materia di PMA. – 4. Il ruolo del giudice amministrativo nell'espansione del contenuto dei diritti. – 5. Diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale.

1. *Introduzione e inquadramento del tema*

Nell'ordinamento giuridico italiano, la procreazione medicalmente assistita (PMA) rappresenta un tema di rilevante complessità e delicatezza, che pone l'interprete dinanzi alla necessità di individuare un equilibrio, pur mutevole, tra diverse posizioni etiche, culturali e scientifiche¹. Anche in seguito alla approvazione della legge 19 febbraio 2004, n. 40², è proseguito

¹ Di recente, sul tema, I. RIVIERA, *La procreazione medicalmente assistita. Profili giuridici, etici e sociali*, Milano, 2025.

² Si fa riferimento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, sulla quale si segnalano i contributi di M. OLIVETTI, *Una disciplina che va nella giusta direzione*, in *Guida al diritto – Dossier mensile. Le prospettive della famiglia*, 2004, 3, 50 ss.; G. RAZZANO, *La legge sulla procreazione assistita. Perché sì*, in *Quad. cost.*, 2004, 383 ss.; S. AGOSTA, *Tra ragionevoli preoccupazioni di tutela ed irragionevoli soluzioni normative: la recente disciplina sulla procreazione artificiale al banco di prova dei fini-valori della Costituzione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 95; E. LAMARQUE, *Referendum sulla procreazione assistita: l'inammissibilità del quesito totale*, in *Quad. cost.*, 2005, 381 ss.; A. MUSUMECI, *referendum e la legge sulla procreazione medicalmente assistita. Note a margine su un dialogo (impossibile) tra Parlamento, Corte costituzionale e corpo elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, 2; A. CELOTTO, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 marzo 2004; L. D'AVACK, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita: un'occasione mancata per bilanciare valori ed interessi contrapposti in uno Stato laico*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 793 ss.

un vivace dibattito³, giurisprudenziale e dottrinario⁴, mirato a delineare un quadro normativo coerente con la progressiva enucleazione di un diritto alla salute riproduttiva/procreativa e del diritto alla genitorialità⁵.

L'impianto originario della richiamata legge in materia di procreazione medicalmente assistita, connotato da una serie di rigidità, di divieti e prescrizioni produttivi di complessità applicative⁶, è stato oggetto di diverse operazioni ermeneutiche da parte dei giudici nazionali e sovranazionali, idonee, secondo parte della dottrina, a «travalicare lo spazio decisionale a disposizione e piegare le disposizioni alla plurale dimensione sociale

³ Per i termini del dibattito che ha preceduto la adozione della l. n. 40/2004 e sui lavori preparatori della stessa, cfr. F.E. D'IPPOLITO e M. DI GIORGIO, *Nuove forme di genitorialità tra evoluzione sociale e anacronismi giuridici*, in S. DEPLANO e F. CARIMINI, *Genitorialità medicalmente assistita e diritti del minore. Atti del Convegno del 13 dicembre 2023*, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Napoli, 2024, 26 ss.

⁴ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Milano, 2021, 208, per un'approfondita ricostruzione della condizione giuridica delle tecniche di procreazione medicalmente assistita precedente all'entrata in vigore della l. n. 40/2004. Anche F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, Napoli, 2020.

⁵ In relazione alla possibilità e alle modalità di configurazione di un diritto a procreare o, più genericamente, di un diritto alla genitorialità, si vedano le riflessioni di L. LAMBERTI, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, in *Nuove Autonomie*, 2025, 1, che ricorda come «Grazie al progresso scientifico le tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) hanno conosciuto una significativa evoluzione che ha reso sempre meno complesso realizzare il desiderio di genitorialità che, altrimenti, non avrebbe potuto essere soddisfatto».

⁶ P. BORSSELLINO, *Bioetica tra «moral» e diritto*, Milano, 2018, 345, sottolinea come sia proprio la ricchezza dei divieti a connotare la l. n. 40/2004 nella quale la parola «vietato» è quella maggiormente ricorrente. Rileva L. LAMBERTI, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, cit., 7, che «Nella sua ispirazione originaria la norma si poneva l'obiettivo di consentire l'accesso alle pratiche di fecondazione assistita come rimedio ad una condizione patologica di sterilità o infertilità, anche ove le stesse non fossero spiegabili secondo parametri rigorosamente scientifici (c.d. infertilità idiopatica). Essa, tuttavia, nel suo testo originario, aveva enormi lacune che non consentivano di garantire tale obiettivo. Si pensi, ad esempio, al limite relativo alla produzione embrionaria e all'obbligo del loro contestuale impianto, ritenuto costituzionalmente illegittimo con la sentenza 8 maggio 2009 n. 151, al divieto di avvalersi di gameti donati da terzi per rimediare ad una condizione di sterilità assoluta di uno o entrambi i membri della coppia, dichiarato incostituzionale con la sentenza 10 giugno 2014 n. 162, e infine al divieto per le coppie non sterili, ma affette da patologie a trasmissione genetica, di ricorrere alla PMA con diagnosi genetica preimpianto, rimosso con la sentenza 5 giugno 2015, n. 96».

per ricavare le regole di principio da applicare alle fattispecie al proprio esame»⁷.

È stato evidenziato, al riguardo, che la questione centrale che emerge dal dibattito concernente il riconoscimento di un diritto autonomo alla procreazione non si concentra tanto sulla possibilità di conseguire l'obiettivo desiderato – la maternità – attraverso le pratiche di procreazione medicalmente assistita, quanto piuttosto sulle restrizioni che limitano l'accesso a tali procedure. Le tecniche procreative disciplinate dalla normativa sulla PMA non sollevano particolari problematiche riguardo alle modalità di attuazione – essendo trattamenti ormai consolidati nella pratica medica – ma piuttosto in relazione alla possibilità di rivendicare i diritti ad esse associati e alla loro azionabilità giurisdizionale in caso di mancato riconoscimento. Questa impostazione ha caratterizzato il percorso giurisprudenziale in materia di PMA, in cui i giudici, spesso, si sono trovati a interpretare il testo legislativo in modi che hanno richiesto una certa elasticità, al fine di allineare la normativa alle esigenze di protezione dei diritti coinvolti⁸.

Il costante progresso scientifico, l'affinamento delle tecniche procreative e il riconoscimento giuridico delle tecniche di PMA nei livelli essenziali di assistenza (LEA), per un verso, hanno reso più facilmente realizzabile il desiderio di genitorialità, per altro verso, hanno incrementato le istanze di tutela e la richiesta di diritti, rendendo ancora più complesso il bilanciamento tra la necessità di garantire effettivamente le prestazioni in modo uniforme sul territorio nazionale, soprattutto a seguito della inclusione della PMA nei LEA, pur a fronte di una non omogenea capacità organizzativa delle strutture del SSN nei diversi territori⁹, e di gestire i vincoli di bilancio per il finanziamento delle prestazioni sanitarie.

Al riguardo, si può rilevare che l'inclusione delle tecniche di PMA

⁷ I. RIVIERA, *La procreazione medicalmente assistita. Profili giuridici, etici e sociali*, cit., 11.

⁸ Ibidem, 11-12, sottolinea, criticamente, come «Di per sé l'operazione interpretativa propria dell'autorità giudiziaria non risulterebbe controversa se non fosse accompagnata, di controparte, da una profonda inadeguatezza del decisore politico, più volte sollecitato a re-intervenire sulla normativa per correggere le storture di un regime giuridico poco coerente. La prolungata inerzia del legislatore ha consentito così ai giudici di elaborare principi al di là del perimetro della politica talora in aperta contraddizione con il dato legislativo e, quindi, con le scelte normative prese».

⁹ Dalla Relazione annuale trasmessa dal Ministero della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della l. n. 40/2004 in materia di Procreazione medicalmente assistita (PMA), relativamente all'attività di centri PMA nell'anno 2022, si ricava che la distribuzione dei centri attivi sul territorio nazionale è disomogenea – amplificando

nei LEA appare idonea a determinare un ampliamento dell'offerta di strutture pubbliche e private accreditate, contribuendo al contenimento del fenomeno della migrazione sanitaria, sia verso Regioni dotate di una maggiore capacità di risposta alla domanda di cura, sia verso ordinamenti stranieri caratterizzati da assetti organizzativi e discipline giuridiche più favorevoli¹⁰. Si tratta di un fenomeno che produce effetti rilevanti non soltanto sul piano della tutela del principio di uguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie, ma anche con riferimento all'appropriatezza e all'efficacia complessiva dei trattamenti erogati.

È necessario, tuttavia, che al percorso intrapreso in via normativa dall'ordinamento italiano in materia di procreazione medicalmente assistita si sommi una efficace capacità organizzativa e funzionale dell'amministrazione sanitaria per rendere concreti gli obiettivi delineati dal legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale ed assicurare l'effettività di un diritto connotato da una dimensione individuale e personale, ma che assume anche una rilevanza collettiva.

In questo contesto, tenuto conto dello sviluppo normativo e scientifico in materia, delle complessità organizzative esistenti, della necessità di assicurare prestazioni uniformi di PMA sull'intero territorio nazionale e dell'obbligo giuridico in capo ai soggetti istituzionali di garantire le prestazioni, un ruolo significativo sembra rivestire il giudice amministrativo, il quale contribuisce a rendere effettiva, in questa materia, la tutela delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

A ben vedere, la circostanza stessa che il giudice amministrativo si occupi e si possa occupare di "questioni eticamente sensibili", come quelle che emergono rispetto alla procreazione medicalmente assistita, è di estremo interesse a livello scientifico in quanto induce a riflettere – e a consolidare – quella idea secondo la quale il giudice amministrativo non è più solo "giudice del potere" ma, soprattutto, «giudice del rapporto

dunque le possibili discriminazioni dovute alla localizzazione della coppia sul territorio nazionale – essendo stata registrata una maggior concentrazione dei centri in sole quattro Regioni: Lombardia, Campania, Veneto e Lazio, con una prevalenza, nelle Regioni del Sud di centri privati e con la presenza di centri privati convenzionati solo in Lombardia e in Toscana. La Relazione è reperibile al seguente link: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Docs/Ministero-della-Salute-Relazione-annuale-2024-sullo-stato-di-attuazione-della-legge-40-2004>.

¹⁰ L. LAMBERTI, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, cit., 18.

di questo potere con la società nel suo complesso»¹¹, che deve saper cogliere ed interpretare le evoluzioni della società secondo un equilibrato e ragionevole sindacato dei molteplici e conflittuali interessi che si presentano alla sua attenzione.

Come sottolineato dal Presidente del Consiglio di Stato, in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario 2025, «uno dei compiti del diritto pubblico è quello di consentire che tutti possano avvalersi delle prestazioni previste dalla legge, anche se per ragioni sociali o culturali non sono in grado di conoscerle. La fruizione delle prestazioni previste dalla legge pone rimedio agli squilibri e fa sentire il senso della socialità, quale valore intrinseco del sentirsi parte di una collettività»¹².

Occorre considerare, tuttavia, che, talvolta, i diritti e gli interessi legittimi, in ambiti come quello delle prestazioni scolastiche o della tutela dei disabili, ma il discorso vale anche per la procreazione medicalmente assistita, faticano a trovare soddisfazione. Ciò avviene spesso a causa della complessità del quadro normativo e procedimentale, nonché della frammentazione delle molteplici competenze rimesse a distinte autorità, con il rischio di disperdere o di non utilizzare al meglio le risorse economiche esistenti e, soprattutto, di non garantire effettiva e adeguata tutela ai diritti coinvolti.

2. *L'organizzazione amministrativa e l'effettività dei diritti fondamentali*

Alla accennata complessità normativa e procedimentale, individuata quale fattore idoneo a compromettere, in via preliminare, l'affermazione del diritto sotto il profilo della sua accessibilità e intelligibilità, si può aggiungere l'ulteriore elemento costituito dall'assetto dell'organizzazione amministrativa, che si configura come presupposto funzionale imprescindibile per la concreta erogazione e fruizione delle prestazioni.

In particolare, rispetto a tematiche così delicate e sensibili per l'individuo e per la società nel suo complesso, come il diritto alla procreazione medicalmente assistita, appare evidente la profonda

¹¹ Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 presso il Consiglio di Stato (A. PAJNO, 2017).

¹² L. MARUOTTI, *Relazione sull'attività della Giustizia Amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato*, Roma, Palazzo Spada, 3 febbraio 2025, in www.giustizia-amministrativa.it.

connessione tra diritto fondamentale, organizzazione amministrativa ed esercizio del potere. L'affermazione dei diritti fondamentali rischia, infatti, di rimanere lettera morta se non trova soddisfazione nell'esercizio di una funzione amministrativa volta a predisporre una corretta e bilanciata organizzazione, da parte dell'Amministrazione, prima ancora che nella erogazione del singolo servizio.

Al riguardo, si osserva che il pregiudizio per il diritto non si manifesta solamente a valle, in presenza di un esercizio illegittimo del potere nei confronti dell'individuo (laddove si ometta o si ritardi, a titolo esemplificativo, l'erogazione di una certa prestazione dovuta), ma esso è apprezzabile già a monte, laddove l'amministrazione ometta di predisporre quelle misure organizzative e funzionali, propositive e doverose, che le consentono di organizzare il servizio ed erogare una pluralità di prestazioni all'esito di una valutazione e di una ponderazione tra diversi interessi (tutela della salute, tutela della finanza e del contenimento della spesa, equità e non discriminazione, imparzialità, proporzionalità).

3. *Alcune pronunce del giudice amministrativo in materia di PMA*

Un esempio significativo di tale interrelazione tra organizzazione sanitaria ed effettività dei diritti è offerto da un caso nel quale il giudice amministrativo ha annullato alcune delibere e atti generali della Regione Lombardia ritenendo discriminatoria e irragionevole la scelta della Regione di porre a carico del SSN, sia pure con il pagamento del *ticket*, le prestazioni di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo e di porre a carico delle coppie i costi di quella di tipo eterologo, nonostante la equiparazione tra le due tecniche operata dalla Corte costituzionale nella sentenza 10 giugno 2014, n. 162¹³.

¹³ Corte costituzionale 10 giugno 2014, n. 162 che ha ammesso la fecondazione eterologa in virtù del riconoscimento della sua funzionalizzazione a risolvere problemi riproduttivi. Sulla sentenza, A. MUSUMECI, *“La fine è nota”. Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 2; G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 luglio 2014; V. BALDINI, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in www.dirittifondamentali.it, 15 settembre 2014; A. RUGGERI, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al «dialogo» con la Corte EDU (a prima*

La menzionata interrelazione tra effettività del diritto e aspetti organizzativi si coglie appieno nell'argomentazione del giudice amministrativo, laddove esprime che «Pur dovendo considerare la sicurezza dei mezzi e limitatezza della 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»¹⁴.

Secondo il Consiglio di Stato, pertanto, pur dovendo tener conto della limitatezza delle risorse disponibili, l'amministrazione non può ignorare una domanda di prestazione sanitaria che sia portatrice di interessi sostanziali meritevoli di tutela. Diversamente, verrebbe meno al compito fondamentale che le compete in uno Stato sociale di diritto, ossia garantire i livelli essenziali di assistenza e l'effettività del diritto alla salute nel suo nucleo irriducibile. Effettività di un diritto complesso, come quello alla salute, che, secondo il giudice, è essenzialmente interrelata all'organizzazione sanitaria.

In relazione alle singole prestazioni di PMA inserite nei LEA, per le quali sussiste una copertura finanziaria, è stato rilevato criticamente in dottrina che mancherebbero molte attività di diagnosi precedenti alla decisione di utilizzare tecniche di PMA oltre a numerose attività di supporto e cura, alla coppia e alla donna, sotto il profilo non solo clinico ma anche psicologico, con la conseguenza che «i reali costi che dovranno essere sopportati per realizzare il desiderio di genitorialità, necessitando di cure, potranno ancora una volta essere molto diversi a seconda dell'avanzamento delle strutture sanitarie presenti nelle diverse regioni, non solo sotto il profilo del personale e delle attrezzature, ma anche rispetto alla consapevolezza dei plurimi e diversi bisogni di cura che sussistono per affrontare un percorso del genere»¹⁵.

A fronte di tale osservazione, che condivisibilmente colloca il diritto

lettura di Corte cost. n. 162 del 2014), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 giugno 2014; C. TRIPODINA, *Il «diritto al figlio» tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, 2014, 2593 ss.; A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 giugno 2014.

¹⁴ Consiglio di Stato, sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ L. LAMBERTI, *Livelli Essenziali di Assistenza e procreazione medicalmente assistita*, cit., 17-18.

alla procreazione medicalmente assistita in una cornice di prestazioni più articolata ed estesa rispetto al profilo dell'accesso alle tecniche di PMA, assume rilevanza un ulteriore passaggio argomentativo della sentenza richiamata, mediante il quale si evidenzia che, nelle tecniche di fecondazione assistita, la domanda di prestazione sanitaria non solo non può essere ignorata, ma è, altresì, comprensiva della fase preparatoria all'intervento, consistente nella somministrazione dei farmaci necessari, con conseguente copertura degli oneri a carico del SSR, non essendo tollerabili discriminazioni dovute alle esigenze di contenimento della spesa pubblica.

In altri termini, attraverso l'interpretazione del concetto di domanda di prestazione sanitaria, l'intervento giurisdizionale contribuisce ad estendere la portata del diritto complesso, garantendone l'effettività.

Le tecniche di fecondazione assistita rientrano nel concetto di "cura" e costituiscono vere e proprie "prestazioni mediche" in quanto incidono sulla salute fisica e psichica della coppia ed attengono a quel "nucleo irriducibile del diritto alla salute" inteso sia come libertà dell'individuo, sia quale diritto sociale ad una prestazione essenziale da parte del SSN.

In questa direzione pare orientarsi anche una recente pronuncia del Consiglio di Stato, relativa ad una controversia tra la Regione Lazio e una struttura autorizzata dalla Regione Lazio alla erogazione di prestazioni di tecniche di procreazione medicalmente assistita di I, II e III livello.

Appare rilevante, in particolare, il passaggio nel quale si sottolinea che «l'attività rientrante nell'autorizzazione rilasciata ai centri iscritti nel registro tenuto presso l'I.S.S. comprende anche la fase preparatoria all'intervento, consistente nella somministrazione dei farmaci necessari: pertanto, l'autorizzazione all'esercizio di tale attività non può non ricomprendere la redazione del Piano terapeutico da parte del medico specialista che opera nel centro autorizzato, atto che consente, poi, al medico di medicina generale, di prescrivere i farmaci in fascia A (...) superandosi in questo modo i rilievi della Regione Lazio secondo cui tali farmaci non potrebbero essere prescritti da una struttura privata, con oneri a carico del SSR»¹⁶.

Di particolare rilievo sistematico risulta la medesima sentenza nella parte in cui si sofferma sul profilo della disparità di trattamento tra

¹⁶ Consiglio di Stato, sez. III, 5 settembre 2024, n. 7447, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Regioni¹⁷, sottolineando che in molte Regioni italiane non sussiste alcuna preclusione alla redazione del piano terapeutico da parte dei centri iscritti nel registro *ex* art. 11 della l. n. 40/2004. La somministrazione dei farmaci, infatti, costituisce parte integrante del trattamento di fecondazione assistita ed è qualificabile come prestazione rientrante nei livelli essenziali di assistenza, che devono essere garantiti in modo uniforme sull'intero territorio nazionale¹⁸.

4. *Il ruolo del giudice amministrativo nell'espansione del contenuto dei diritti*

Le pronunce giurisdizionali richiamate confermano, anzitutto, la sussistenza di quella interrelazione, definita "essenziale"¹⁹, tra organizzazione sanitaria ed effettività di un diritto complesso: l'incremento quantitativo dei

¹⁷ In termini più ampi, con riferimento alla esperienza pandemica, riflette D. MORANA, *Introduzione*, in D. MORANA (a cura di), *La salute tra i diritti e nei territori. Questioni costituzionali nel rapporto Stato-Regioni*, Torino, 2025, che sottolinea, valorizzando la declinazione territoriale della protezione della salute, come «Una posizione di determinante rilievo, tra tali aspetti, è senz'altro occupata dalla declinazione territoriale della protezione della salute: anche lungo questo versante, l'esperienza pandemica ha drammaticamente reso evidente che una reale salvaguardia di questo diritto postula un accesso alle cure che, tenendo conto della specificità dei territori, possa corrispondere al meglio ai bisogni sanitari della persona. In quest'ottica, lo sforzo che si richiede non va indirizzato soltanto nel senso di garantire in modo geograficamente uniforme la presenza di strutture sanitarie caratterizzate da adeguati standard qualitativi. Altrettanto indispensabile è, ad esempio, assicurare un accettabile grado di prossimità delle prestazioni attraverso una rete assistenziale calibrata al livello locale, anche allo scopo di evitare che l'ospedalizzazione del paziente venga effettuata non in quanto soluzione curativa ottimale ma esclusivamente per ovviare alla mancanza di più confacenti alternative. Come pure è essenziale modellare sulla dimensione territoriale gli interventi finalizzati alla prevenzione, in modo da potenziarne l'utilità e l'efficacia».

¹⁸ Nella medesima sentenza si legge: «A ciò può aggiungersi che in altre Regioni italiane tale preclusione non sussiste: qualunque centro iscritto nel registro *ex* art. 11 della l. n. 40 del 2004 tenuto dall'I.S.S. può redigere il piano terapeutico e prescrivere i farmaci necessari per la [PMA], considerato che la somministrazione di tali medicinali fa parte del trattamento di fecondazione assistita, come emerge in modo chiaro dalla disamina delle Linee Guida; si tratta, infatti, di una prestazione rientrante nei LEA, che deve essere quindi fornita in tutto il territorio nazionale».

¹⁹ Consiglio di Stato, sez. III, 20 luglio 2016, n. 3297.

compiti nello Stato sociale di diritto, già colto nelle riflessioni dottrinali²⁰, non corrisponde esclusivamente a una proliferazione di compiti in termini quantitativi, ma influenza l'amministrazione sotto il profilo qualitativo, sollecitando lo sviluppo di una capacità dell'amministrazione di operare un ragionevole equilibrio tra istanze antagoniste e mediare le interferenze tra molteplici valori²¹.

In tale contesto, il sindacato del giudice amministrativo svolge un ruolo decisivo nel verificare, in seconda battuta, la ragionevolezza e la tollerabilità del sacrificio imposto a un valore rispetto a quelli potenzialmente confliggenti. Ciò emerge chiaramente nel caso richiamato della Regione Lazio, ove il giudice, non tollerando discriminazioni dovute alle esigenze di contenimento della spesa, riesce in sostanza ad espandere il contenuto del diritto (nel caso di specie, riconoscendo che la somministrazione dei farmaci necessari nella fase preparatoria dell'intervento fa parte del trattamento di fecondazione assistita).

In altri termini, il nucleo irriducibile del diritto alla salute, sia come libertà dell'individuo, sia come diritto sociale a una prestazione essenziale, non tollera un esercizio del potere pubblico che possa determinare disparità di trattamento anche solo con riferimento a una porzione dei complessi trattamenti di PMA. Tale profilo assume particolare rilevanza con riferimento ai trattamenti in questione laddove si consideri che il gravoso onere economico da sopportare nell'acquisto dei farmaci necessari per il trattamento potrebbe indurre l'individuo a rinunciare alla cura. Al riguardo, è opportuno sottolineare che una eventuale rinuncia "preventiva" all'avvio della cura, legata al gravoso onere economico che ingiustificatamente sia tenuto a sopportare il privato, non appare rimediabile sotto il profilo meramente patrimoniale: la decisione di

²⁰ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Napoli, 1982, 7 e 913. Anche M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, III ed., vol. I, 1988, Milano, 49.

²¹ Sul punto, G. TULUMELLO, *La conformazione dei diritti dei soggetti fragili, e la relativa tutela giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2025, 2; ID., *Tutela dei diritti fondamentali o fondamentalismo nella tutela dei diritti?*, in www.giustamm.it, 2011, 10; ID., *La funzione: fisionomia e implicazioni del potere amministrativo nello stato sociale pluriclasse*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; ID., *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Questione giustizia*, 2018, 3; ID., *Fenomenologia del dialogo fra le giurisdizioni*, in *Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa* (a cura di), *Il Libro della giustizia amministrativa 2021*, Torino, 2021, 352-372; ID., *I contratti della pubblica amministrazione oggi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2025.

diventare genitori non è soggetta solo a limiti di legge, ma anche a limiti biologici, incompatibili con l'eshaustività di una tutela meramente risarcitoria²². Merita sottolineare, rispetto alla garanzia di effettività della tutela che il giudice amministrativo assicura in controversie di questo tipo, che il Consiglio di Stato, in un caso in cui è stato chiamato a vagliare il profilo della disparità di trattamento sotto il profilo economico tra PMA omologa ed eterologa, aveva già in sede cautelare sottolineato che «il pregiudizio lamentato, il quale non può essere ragionevolmente limitato ad aspetti puramente patrimoniali in sé risarcibili, deve ritenersi dotato dei prescritti caratteri di gravità ed irreparabilità poiché l'esecuzione dei provvedimenti impugnati è suscettibile di produrre l'effetto della perdita, da parte di coloro che non sono in grado di sostenere l'onere economico ivi previsto, della possibilità di accedere alle tecniche in parola dovuta al superamento dell'età potenzialmente fertile durante il tempo occorrente per la definizione del giudizio nel merito»²³.

Se ne ricava, pertanto, che il sindacato giurisdizionale esercitato nel contesto della PMA incide significativamente sull'ampliamento delle tutele per l'individuo, assicurando che il diritto alla PMA non sia solo riconosciuto teoricamente ma che esso sia concretamente accessibile e, al contempo, rifiutando un approccio meramente formalistico e limitato alla garanzia di una tutela solo di tipo risarcitorio.

5. *Diritti fondamentali, potere amministrativo e tutela giurisdizionale*

Dalle considerazioni svolte emerge come i diritti fondamentali siano frequentemente incisi dall'esercizio del potere sia positivamente sia negativamente. In molti casi, affinché la domanda di prestazione di un privato possa essere soddisfatta risulta necessaria l'intermediazione del potere conformativo dell'amministrazione, che attribuisce contenuto concreto al diritto²⁴.

²² Sul punto, 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*, 2020, 2, 221, spec. nota 49.

²³ Consiglio di Stato, sez. III, ord. 9 aprile 2015, n. 1486, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ Ricorda G. TULUMELLO, *La conformazione dei diritti dei soggetti fragili, e la relativa tutela*

Analizzando le ricadute di tali osservazioni sotto il versante della tutela giurisdizionale, si può rilevare che il giudice amministrativo appare idoneo ad assicurare una tutela piena dei diritti soggettivi fondamentali, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione pubblica. Sono quindi ancora attualissime le parole della fondamentale pronuncia della Corte costituzionale 27 aprile 2007, n. 140²⁵ che, richiamando altre due storiche pronunce (Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191)²⁶, ha affermato che non c'è «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti». Si segna, con questa pronuncia, un legame non occasionale, ma necessario e indissolubile tra diritti fondamentali ed esercizio di una funzione amministrativa (che va oltre l'ambito della giurisdizione esclusiva e coinvolge anche l'ambito della giurisdizione di legittimità).

Questa impostazione equivale a superare l'orientamento, in passato granitico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a partire dalla sentenza 9 marzo 1979, n. 1463²⁷, circa la intangibilità assoluta dei diritti fondamentali da parte del pubblico potere, secondo cui laddove vi è un diritto fondamentale non vi può essere un pubblico potere – e, quindi, non dovrebbe radicarsi la giurisdizione del giudice amministrativo – e per converso, laddove un pubblico potere vi sia, mai un diritto fondamentale potrebbe sussistere senza appunto negarne, in radice, la sua essenza di “superdiritto”, prevalente rispetto all'intervento di qualsivoglia potere autoritativo²⁸.

giurisdizionale, cit., 6, che «(...) nello Stato sociale pluriclasse il diritto fondamentale è situazione quasi sempre pretensiva, legata com'è alla necessità – giuridica e materiale – che l'infungibile intermediazione del potere (non repressivo, ma conformativo) dell'amministrazione riempia di contenuto un diritto altrimenti (formalmente fondamentale ed indegradabile, ma) solo nominalmente proclamato».

²⁵ Corte costituzionale 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, 442.

²⁶ Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, 3, 1211 ss., con nota critica di M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno passo indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, e Corte costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 1005-1006 (mass.) e 1009-1016, con nota di S. MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria*. Sulle sentenze, R. VILLATA, *Problemi attuali della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2009, 1 ss., 23 ss.

²⁷ Corte di Cassazione, sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.* 1979, I, 939.

²⁸ In merito al problema del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali,

Occorre comunque considerare che, sebbene la teoria dei diritti fondamentali inaffievolibili sconti dei limiti teorici e sistematici, evidenziati in dottrina²⁹ ed espressi anche in sede pretoria³⁰, probabilmente anche

si vedano i lavori di N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *federalismi.it*, 2020, 12, 177-199; F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; M. NOCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *www.sipotra.it*, 2018; N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013.

²⁹ Rileva F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 157, che «La costruzione giurisprudenziale dei diritti non degradabili o dei diritti resistenti agli interventi dell'amministrazione è interessante soprattutto per le inesprese premesse dalle quali parte: che la tutela dei diritti soggettivi sia piena; che quella degli interessi legittimi sia dimidiata. Tali premesse non sono esatte; o, meglio, potrebbero non esserlo, solo se si prendesse coscienza che l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva di pari dignità rispetto al diritto soggettivo, e deve trascinare un livello di tutela equipollente».

³⁰ Si veda, Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371, in cui è stata dichiarata la giurisdizione amministrativa in merito alla controversia avente ad oggetto il diniego di autorizzazione ad effettuare cure mediche all'estero, in ragione del decreto del Ministero della sanità del 3 novembre 1989. Nella sentenza si è stabilito che «L'affermata non affievolibilità del diritto alla salute richiama la dottrina della degradabilità delle posizioni giuridiche, posizionate lungo una scala che dal grado "maggiore" del diritto soggettivo scende al grado "minore" dell'interesse legittimo per effetto dell'incisione provocata dall'azione amministrativa; essa è utilizzata per inferirne l'impermeabilità della posizione giuridica al potere, quantunque quest'ultimo sia legittimamente conferito all'amministrazione dalla legge. (...) Oggi, tre passaggi che possono dirsi epocali, impongono di ritenere del tutto superata la tesi della degradazione: 9.1. Dopo la nota sentenza delle SS.UU. n. 500/99 [Corte di Cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500] nessuno più dubita della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo, ormai definito come interesse in ordine ad un bene della vita meritevole di protezione (esattamente come nel caso del diritto soggettivo) toccato dall'esercizio del potere. (...) Si è più volte fatto cenno alla pienezza della tutela. Essa costituisce il secondo passaggio che si vuol qui evidenziare. 9.2. Le situazioni giuridiche fondamentali, ossia collegate ad un bene della vita costituzionalmente protetto o socialmente considerato essenziale, godono, nell'ambito del processo amministrativo di una tutela pienamente soddisfattiva dell'interesse del privato. Come è stato di recente sottolineato da questo Consiglio "All'esito dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa culminata con il nuovo codice del processo amministrativo, il sistema delle tutele è stato segnato dai seguenti principali sviluppi, che si pongono tutti in direzione di una maggiore "effettività" del sindacato del giudice amministrativo in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo

frutto dell'impostazione culturale dell'epoca in cui è stata elaborata dove l'interesse legittimo non era ancora riconosciuto come una situazione giuridica sostanziale³¹, sul fronte giurisprudenziale non si registra ancora una piena convergenza di orientamenti tra il giudice amministrativo e il giudice del riparto³².

In particolare, le critiche alla teoria dei diritti fondamentali inaffievolibili fanno leva sulla circostanza che nell'assetto delle posizioni giuridiche non si assiste ad alcun meccanismo di degradazione: al contrario, diritti soggettivi e interessi legittimi coesistono ogniqualvolta il nucleo sostanziale spettante all'individuo riceva tutela nella vita di relazione e, al contempo, la sua concreta fruizione sia conformata dal legislatore

amministrativo" (così Cons. Stato Sez. VI, 25-02-2019, n. 1321). (...) Il terzo passaggio è compiuto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. In essa è rinvenibile un chiaro e lineare percorso teso a negare che le situazioni giuridiche fondamentali possano essere, in ragione di ciò solo, sottratte al giudice amministrativo in forza del predetto assioma della inaffievolibilità delle stesse dinanzi al potere amministrativo. (...) Dunque, in ordine a tale primo argomento, nessun dubbio nutre il Collegio circa l'inedoneità del carattere fondamentale della situazione giuridica fatta valere, a giustificare una deroga alla generalissima regola di riparto che vede il giudice amministrativo titolare della giurisdizione ove l'amministrazione agisca nell'esercizio di un potere dalla legge previsto a conformazione di quella situazione giuridica».

³¹ Nella citata Cons. St., sez. III, n. 6371/2020, il giudice ricorda, invero, che la tesi dei diritti non affievolibili «è debitrice di una concezione dell'interesse legittimo largamente superata, in cui quest'ultimo è visto quale interesse occasionalmente protetto dall'ordinamento per finalità che esulano in tutto e in parte dall'interesse sostanziale cui il titolare aspira, in guisa che la massima utilità ricavabile dal processo è l'annullamento dell'atto (misura in grado di coniugare interesse pubblico e sia pur in via occasionale quello privato) e giammai il riconoscimento del bene della vita. 8.2. La teoria dei diritti che non degradano, e fra questi quella dei diritti fondamentali inaffievolibili, nasce, invero, per dare tutela effettiva al "bene della vita", in una fase storica in cui la posizione di semplice interesse legittimo non era sufficiente a cagione delle limitazioni che caratterizzavano il processo amministrativo da una parte, e per la stessa connotazione dell'interesse legittimo quale interesse non direttamente protetto dall'ordinamento dall'altra. Dunque, una soluzione finalizzata all'individuazione del giudice meglio rispondente al bisogno di tutela».

³² Sui limiti teorici e sistematici della giurisprudenza del giudice del riparto, si sofferma G. TULUMELLO, *La conformazione dei diritti dei soggetti fragili, e la relativa tutela giurisdizionale*, cit., 8, che osserva come «l'indirizzo del giudice del riparto non solo sconta una difficile coerenza sistematica, e una significativa debolezza sul piano dogmatico, ma finisce con l'approntare una tutela non del tutto efficace, proprio perché svincolata dalle dinamiche della situazione giuridica soggettiva che ne costituisce l'oggetto».

tramite la individuazione di una potestà pubblica volta a garantirne l'armonizzazione con le esigenze della collettività.

Invero, i diritti sociali, discostandosi dalle mere libertà negative poiché si sostanziano nella richiesta di una prestazione pubblica, esigono ineludibilmente un'intermediazione amministrativa, necessaria in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie e materiali a disposizione e degli eventuali interessi antagonisti e confliggenti.

A fronte della compiuta e soddisfacente garanzia che il sistema giuridico oggi fornisce, attraverso il sindacato del giudice amministrativo, alle posizioni fondamentali connesse ai diritti sociali, perpetuare la tesi dell'inaffievolibilità del diritto primario risulta ingiustificato³³.

In conformità a questa linea di ragionamento si colloca una recente sentenza del giudice amministrativo in cui è stata scrutinata una eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla Regione Sardegna e dalla Azienda per la tutela della salute in un caso relativo al diniego di una istanza di un privato diretta ad ottenere domanda di autorizzazione per l'erogazione, a carico del SSR, di prestazioni specialistiche ambulatoriali per la PMA eterologa in una struttura estera³⁴.

Il TAR ha affermato la propria giurisdizione sulla controversia, richiamando l'orientamento secondo cui le norme che prevedono

³³ Tali i passaggi espressi da Cons. St., sez. III, n. 6371/2020, ove si legge che «Non c'è nella dinamica delle posizioni giuridiche alcun fenomeno di degradazione: diritti soggettivi e interessi legittimi piuttosto convivono tutte le volte in cui l'interesse sostanziale di cui la persona è titolare è protetto nella vita di relazione e al contempo il suo godimento è conformato dalla legge attraverso la previsione di un potere pubblico che ne assicuri la compatibilità rispetto agli interessi della collettività. 10.2. I diritti sociali a differenza dei diritti di libertà, traducendosi nella pretesa di una prestazione pubblica, necessitano, a seconda del grado di impatto sugli interessi pubblici potenzialmente antagonisti e in considerazione della scarsità delle risorse economiche e materiali disponibili, di una mediazione amministrativa. Una volta che il potere è stato attribuito, è al corretto esercizio di questo che deve aversi riguardo per fornire piena tutela al titolare dell'interesse sostanziale (e in ciò risiede l'essenza dell'interesse legittimo), senza che possa darsi ultroneo rilievo alla natura "fondamentale" o "sociale" della situazione giuridica. 10.3. Dinanzi alla pienezza di tutela che l'ordinamento oggi assicura, per il tramite della giurisdizione amministrativa, agli interessi fondamentali correlati ai diritti sociali, continuare a sostenere sotto l'ombrello teorico della non affievolibilità del diritto fondamentale, che il potere legalmente conferito alla pubblica amministrazione sia in quei casi *inutiliter datum*, equivarrebbe a qualificare la legge attributiva come incostituzionale, viepiù irritualmente disapplicandola».

³⁴ TAR Sardegna, sez. II, 11 novembre 2024, n. 787.

prestazioni sanitarie all'estero configurano un potere amministrativo che intermedia la situazione giuridica dei cittadini, anche quando tale potere si esercita in forme vincolate o tecnicamente complesse. In particolare, rileva il passaggio in cui il giudice ha ricordato che «Sul punto, pur a fronte di più risalenti posizioni giurisprudenziali di segno contrario, il Tribunale condivide l'orientamento più recente espresso dalla giurisprudenza amministrativa, che ha avuto modo di chiarire che la fonte che prevede che “ai cittadini italiani sono assicurate prestazioni assistenziali presso centri di altissima specializzazione all'estero, “conforma” il profilato diritto attribuendo il potere autorizzativo alle ASL sulla base della previa acquisizione del parere tecnico di un centro medico regionale di riferimento”; perciò tali norme “delineano un potere amministrativo il cui esercizio – anche ove voglia definirsi vincolato, sussumendo, com'è corretto che sia, le valutazioni tecniche ivi contemplate nell'area della complessità del “fatto” piuttosto che in quella della discrezionalità propriamente detta – intermedia la situazione giuridica soggettiva del cittadino che aspira ad ottenere cure gratuite all'estero, al fine di verificare il ricorrere di alcune specifiche condizioni prese in considerazione dalla legge a tutela dell'interesse pubblico al corretto utilizzo delle risorse e al buon andamento dell'amministrazione sanitaria. Sgomberato il campo dalla teoretica dei diritti non affievolibili, la fattispecie non presenta alcun tratto peculiare che possa determinarne la sottrazione alla giurisdizione del giudice amministrativo in favore della giurisdizione ordinaria” (Consiglio di Stato, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6371)».

Queste affermazioni, che sono da salutare con favore, contribuiscono a rafforzare l'idea che il giudizio amministrativo non sia solamente strumento di garanzia della legalità amministrativa ma sia il veicolo per la tutela di pretese sostanziali e che in questa materia, proprio perché il potere amministrativo gioca spesso un ruolo di conformazione del diritto (è un meccanismo di attuazione del diritto), è proprio il giudice amministrativo, anche in sede di legittimità, l'organo che è più idoneo a valutare la conformità dell'esercizio del potere rispetto alle regole e, soprattutto, la conformità dell'azione amministrativa rispetto al risultato avuto di mira dalla norma regolante l'esercizio del potere funzionale alla conformazione dei diritti.

Peraltro, le tecniche di tutela offerte dal giudice amministrativo non possono dirsi inferiori a quelle del giudice ordinario, essendo

particolarmente incisiva la tutela demolitoria e, soprattutto, la portata conformativa del giudicato di annullamento idonea a indirizzare le future condotte dell'amministrazione, così come il giudizio avverso il silenzio e il giudizio di ottemperanza potrebbero essere la chiave, anche nella PMA, per una pienezza ed effettività della tutela in favore dell'individuo.

Eppure, le richiamate divergenze di vedute emergono laddove invece si considerino gli orientamenti del giudice del riparto che, salvo alcune eccezioni (Corte di Cassazione, sez. un., 7 settembre 2016, n. 17674), non sembra aver mutato il proprio orientamento sul tema, laddove richiama la tesi secondo la quale i diritti umani fondamentali (il caso riguardava il diniego del rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari) sono «dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere rimesso solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica» (Corte di Cassazione, sez. un., 12 aprile 2023, n. 9791)³⁵. Sembrerebbe, peraltro, introdursi un criterio di riparto fondato sulla dicotomia tra attività discrezionale e attività vincolata, escludendo la sussistenza del potere laddove l'attività sia vincolata. Tuttavia, tale impostazione appare criticabile laddove si accolga la condivisibile e prevalente tesi secondo la quale i provvedimenti amministrativi vincolati sono espressione di potere amministrativo, sia perché per essi si rende sempre indispensabile l'attività di verifica in concreto della sussistenza dei presupposti fattuali cui la disposizione di legge collega l'emanazione del provvedimento e tale verifica è necessariamente rimessa all'amministrazione; sia perché in presenza di atti vincolati l'amministrazione non si limita a verificare la sussistenza in concreto dei presupposti indicati dalla legge, ma è anche

³⁵ Corte di Cassazione, sez. un., 12 aprile 2023, n. 9791, in cui si legge che «Sussiste l'appartenenza alla giurisdizione del giudice ordinario per i giudizi aventi ad oggetto il diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari deciso dal questore, ancorché a seguito di istanza direttamente rivoltagli dal richiedente e senza che la commissione territoriale abbia espresso il parere, la cui mancanza non influisce sul riparto di giurisdizione in quanto il diritto alla protezione umanitaria ha, al pari del diritto allo "status" di rifugiato e al diritto costituzionale di asilo, consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, come tali dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere rimesso solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica».

titolare del potere costitutivo dell'effetto, pur essendo priva del potere determinante, e cioè del potere di determinare l'effetto dell'atto che compie³⁶.

Occorre, peraltro, rilevare che le incertezze sul piano del riparto di giurisdizione generano ostacoli ai principi di semplificazione e di concentrazione della tutela giurisdizionale, corollari fondamentali del principio di effettività della tutela stessa, ai sensi degli articoli 1 e 7 del c.p.a.

A ben vedere, oltre all'ampia gamma di tutele oggi a disposizione del giudice amministrativo, è stato sottolineato in dottrina che l'incontro del diritto fondamentale con il potere amministrativo costituisce una opportunità sul fronte della possibilità di esercizio del diritto stesso, in relazione a due profili: quello organizzativo, nella misura in cui spesso un diritto è effettivo se sono effettuate scelte organizzative e procedure adeguate, frutto di esercizio del potere; quello economico, in quanto il tema della limitazione delle risorse economiche costringe all'esercizio di un potere di discernimento, che garantisce il diritto fondamentale di esistere, sia pure nell'ambito della cd. riserva del possibile³⁷.

³⁶ F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2017, 285 ss.

³⁷ In questi termini, G. TROPEA, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul "nomadismo giurisdizionale"*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2022, 1, 140-170 ove afferma che «In buona sostanza tutti questi tentativi hanno dei limiti, sono fragili e anacronistici, e forse il vero banco di prova è rappresentato dal confronto con il dato di realtà. Confronto che impone di chiederci: l'incontro con il potere, è un pericolo o un'opportunità? Non sembra un pericolo sul piano dello strumentario delle tutele erogate dal g.a., sempre più sofisticato e emancipato dall'egemonia della tutela demolitoria, come ha detto sempre Corte cost. n. 140/2007. Inoltre, appare addirittura un'opportunità sul fronte delle possibilità di esercizio dei diritti in questione. I diritti, quanto più sono fondamentali, paradossalmente tanto più sono condizionati. Su almeno due fronti. Quello organizzativo: in uno Stato a prestazioni sociali, molto spesso c'è diritto effettivo se ci sono adeguate scelte organizzative e idonee procedure, frutto di esercizio del potere. Emblematico il caso Englaro: dopo che la Cassazione aveva riconosciuto che diritto alla salute è anche diritto alla interruzione delle cure, il diritto alla salute è stato declinato in una veste particolare quando il giudice amministrativo ha annullato il diniego dell'ospedale di individuare una struttura e un percorso procedurale per gestire la cessazione delle cure. Quello economico: nel settore delle prestazioni, il diritto alla salute è, come noto, settore di "scelte tragiche". Il tema della limitazione delle risorse economiche costringe all'esercizio di un potere di discernimento, che garantisce il diritto fondamentale di esistere, sia pure nell'ambito della cd. riserva del possibile. In questa prospettiva il dato sostanziale si coniuga con quello processuale: il g.a. ha

Questo tema, inoltre, appare strettamente correlato al rapporto tra la tutela dei diritti fondamentali e il tipo di sindacato sulla discrezionalità nella materia in questione. Nel momento in cui si afferma che il giudice amministrativo conosce del potere che incide sui diritti fondamentali, anche in ragione del fatto che si tratta di diritti fondamentali, si dovrebbe promuovere un sindacato intrinseco del giudice sulla discrezionalità tecnica e garantire allo stesso un pieno accesso al fatto, limitando l'arretramento del giudice dinanzi alla opinabilità del fatto³⁸.

Eppure, anche nel caso menzionato del TAR Cagliari si leggono affermazioni, molto frequenti in giurisprudenza anche in altri settori³⁹, secondo le quali «il sindacato giurisdizionale in materia non può spingersi oltre la verifica della non manifesta irragionevolezza dell'avviso espresso dall'amministrazione, stante l'elevato contenuto tecnico-professionale di tale parere» – (con riferimento a un giudizio circa la efficacia della terapia prescelta).

Questo tema, delicato, attuale e oggetto di fini riflessioni⁴⁰, emerge in tutta la sua complessità nei settori interessati dai diritti fondamentali

un ruolo chiave nel sorvegliare che il potere di selezione sia esercitato seguendo criteri razionali e ragionevoli, scongiurando le illegittime disparità di trattamento, che altro non sono che la variante lessicale del concetto, forse più accattivante ma meno plastico, di discriminazione» (spec. 157-158).

³⁸ Risultano, al riguardo, fondamentali le riflessioni di F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (breve considerazione)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, 1108, che sostiene come «la pienezza della tutela implica che le scelte tecniche dell'Amministrazione siano sindacate a fondo in sede giudiziaria (...) Va rilevato, tuttavia, che la discrezionalità tecnica attiene (per lo più) alla conoscenza del fatto, se si vuole a quella particolare conoscenza che comporta la valutazione del fatto; cosicché il suo pieno sindacato è parte assolutamente necessaria del giudizio di cognizione, rientra senza ombra di dubbio tra i poteri cognitori propri del processo di legittimità, se è vero che il giudice, per rispettare i canoni del giusto processo, deve conoscere direttamente e completamente del fatto (come del diritto)».

³⁹ Per una ricostruzione approfondita degli orientamenti giurisprudenziali nei vari settori sul tema del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, si vedano A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021; A. CASSATELLA, R. CHIEPPA, A. MOLITERNI (a cura di), *Il sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa*, Piacenza, 2024.

⁴⁰ Di recente, diffusamente sul tema e per una completa sintesi dei termini del dibattito in dottrina e in giurisprudenza, si rinvia al corposo lavoro di L. LAMBERTI, *Contributo allo studio delle decisioni amministrative*, Napoli, 2025, che rivendica un sindacato pieno di maggiore attendibilità su tutti i profili tecnici delle scelte amministrative.

degli individui dove un arretramento da parte del giudice amministrativo di fronte alla valutazione del fatto e alla applicazione dei parametri tecnico scientifici risulta ancora più difficilmente accettabile laddove si voglia garantire una tutela piena ed effettiva.

Al riguardo, può condividersi il pensiero di chi ritiene che i diritti cd. fondamentali, cioè quelli con forti premesse costituzionali, vivono in una dialettica di bilanciamento/condizionalità, intesa non in una accezione “compromissoria e diminutiva”, ma come irrinunciabile sede di traduzione della norma di principio in dato di realtà e quindi come sede di inveroamento e concretizzazione, ove il pubblico potere non è inteso come un limite, ma come un presidio di effettività. In questa dinamica, la garanzia di effettività e pienezza che connota la giurisdizione amministrativa si esprime sia mediante la ricchezza dei poteri decisorii del giudice, sia in ragione dell’atipicità delle azioni dinanzi allo stesso esperibili, ma soprattutto, come è stato ben posto in luce, grazie alla capacità del giudice di indagare «la razionalità intrinseca delle scelte selettive» operate dalla amministrazione nel bilanciamento tra bisogni crescenti e limitatezza delle risorse economiche⁴¹.

⁴¹ G. TROPEA, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul “nomadismo giurisdizionale”*, cit., 140-170.

Abstract

Il contributo indaga il ruolo decisivo del giudice amministrativo nella tutela dei diritti fondamentali, con specifico riferimento al complesso ambito della procreazione medicalmente assistita (PMA). L'analisi muove dalla stringente interrelazione tra l'effettività del diritto alla genitorialità e la necessaria mediazione dell'organizzazione amministrativa sanitaria, chiamata a bilanciare l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA) con la limitatezza delle risorse pubbliche. Attraverso la disamina di rilevanti pronunce giurisprudenziali sul tema si evidenzia come il sindacato giurisdizionale espliciti una funzione espansiva e conformativa, neutralizzando le disparità territoriali e garantendo l'accesso concreto ai trattamenti, incluse le fasi farmacologiche preparatorie dei trattamenti di PMA. L'analisi si sofferma, poi, sul superamento della teorica dei "diritti inaffievolibili", evidenziando come le pretese fondamentali del cittadino e la necessaria intermediazione del potere pubblico siano ormai destinate a coesistere. Si sottolinea come la giustizia amministrativa si configuri quale strumento imprescindibile per garantire un controllo rigoroso sulla conformità dell'azione pubblica. Tale sindacato si rivela capace di assicurare una protezione reale e tempestiva, essenziale per superare le carenze di una logica puramente risarcitoria: una mera compensazione economica risulta infatti intrinsecamente inidonea a sanare la frustrazione del percorso procreativo causata dallo spirare di inflessibili limiti biologici.

The paper investigates the decisive role of the administrative judge in the protection of fundamental rights, with specific reference to the complex field of medically assisted procreation (MAP). The analysis stems from the strict interrelation between the effectiveness of the right to parenthood and the necessary mediation of the healthcare administrative organization, which is called upon to balance the provision of essential levels of care (LEA) with the limited nature of public resources. Through the examination of relevant judicial rulings, it is highlighted how judicial review performs an expansive and conformative function, neutralizing territorial disparities and guaranteeing concrete access to treatments, including the preparatory pharmacological phases of MAP treatments. The analysis then focuses on the overcoming of the theory of "non-degradable rights", highlighting how the fundamental claims of

the citizen and the necessary intermediation of public power are now destined to coexist. It is emphasized how administrative justice acts as an essential tool to ensure rigorous control over the compliance of public action. Such judicial review proves capable of ensuring real and timely protection, which is essential to overcome the shortcomings of a purely compensatory logic: mere financial compensation is indeed intrinsically inadequate to remedy the frustration of the procreative path caused by the expiration of inflexible biological limits.