



diritto & religioni

Semestrale
Anno IX - n. 2-2014
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

18



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale
Anno IX - n. 2-2014
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fucillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

Direzione:

Cosenza 87100 - Luigi Pellegrini Editore
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80133 - Piazza Municipio, 4
Tel. 081 5510187 - 80133 Napoli
E-mail: martedes@unina.it

Redazione:

Cosenza 87100 - Via Camposano, 41
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80134 - Facoltà di Giurisprudenza
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18
E-mail: mariadarienzo@libero.it

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c - 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrinieditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

– versamento su conto corrente postale n. 11747870

– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.

Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Essi riceveranno n. 2 fascicoli gratuiti della rivista. Possono ordinare estratti a pagamento.

Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria di questo numero raccoglie due sentenze della Corte costituzionale e tre pronunce della Corte EDU.

In dettaglio, nella sentenza n. 162 di quest'anno la Corte costituzionale, assumendo un parametro costituzionale complesso, fondato sugli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), nella parte in cui stabilisce 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 della coppia. La pronuncia costituisce l'ultimo anello di un lungo percorso giurisprudenziale, che ha visto la Consulta interpellata a più riprese, sia in ordine alle censure di incostituzionalità mosse contro la legge in esame, che in merito all'ammissibilità di taluni referendum abrogativi riferiti alla stessa.

Nel primo senso, devono qui ricordarsi la sentenza n. 151 del 2009 e l'ordinanza n. 150 del 2012. La prima ha dichiarato l'incostituzionalità dei commi 2 e 3 dell'articolo 14 della legge cit. (in particolare, il comma 2 è stato dichiarato illegittimo nella parte in cui prevedeva un limite di produzione di embrioni «*comunque non superiore a tre*», nonché laddove disponeva l'obbligo di «*un unico e contemporaneo impianto*»; il comma 3, che originariamente fissava la possibilità di crioconservare gli embrioni «*qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione*», è stato dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento di tali embrioni, «*da realizzare non appena possibile*», debba essere effettuato anche senza pregiudizio per la salute della donna). L'ordinanza n. 150 del 2012 ha rivestito carattere interlocutorio, disponendo la restituzione degli atti ai Tribunali di merito perché – alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria – i rimettenti procedessero ad un rinnovato esame dei termini delle questioni, aventi ad oggetto la legittimità del divieto, legislativamente sancito, di fecondazione eterologa.

Nel secondo senso, ha rivestito un rilievo centrale la sentenza n. 46 del 2005, con la quale la Corte ha ammesso quattro referendum intesi ad abrogare parzialmente la legge n. 40 cit., i quali, peraltro, non hanno avuto esito per il mancato raggiungimento del *quorum* di partecipazione.

La sezione contiene, altresì, un documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, avente ad oggetto le problematiche relative alla fecondazione eterologa e rivolto a fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile il diritto sancito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 cit.

Con la sentenza n. 170 di quest'anno, invece, la Corte ha censurato gli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), nella parte in cui «*non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque,*

ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore», richiamando, in motivazione, l'esigenza di tutelare «un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili». La pronuncia rivela la tendenza ad ampliare l'ambito delle formazioni sociali suscettibili di tutela, in nome di valori di rilievo costituzionale i cui contorni sembrano, peraltro, piuttosto sfumati (il "pregresso vissuto") e poco idonei ad individuare criteri discretivi certi, ai quali ancorare gli interventi normativi.

Le pronunce della Corte EDU intercettano profili fondamentali della incessante dialettica tra opzioni politiche e rivendicazioni individuali.

Nel caso *Durisotto c. Italia* la Corte ha escluso che la mancata autorizzazione all'accesso alla terapia sperimentale «Stamina» comporti la violazione degli art. 2 e 8 (in combinato disposto con l'art.14) della CEDU. La decisione si è appuntata, in primo luogo, sul dato secondo cui nella somministrazione di cure compassionevoli agli Stati sia riconosciuto un ampio margine di discrezionalità, rilevando, inoltre, come, con riguardo al metodo in discussione, non esista alcuna prova scientifica che ne attesti alla validità. In terzo luogo, essa ha ritenuto di non potersi sostituire alle valutazioni delle autorità nazionali riguardo ai rischi che determinate cure potrebbero arrecare ai pazienti.

Nel caso *Gross v. Switzerland*, la Grand Chamber ha dichiarato il ricorso inammissibile a seguito del decesso della ricorrente, lasciando sostanzialmente irrisolto il problema di fondo. In primo grado, infatti, la Corte per un verso aveva affermato che «la legge svizzera, laddove prevede la possibilità di ottenere una dose letale di una sostanza su prescrizione medica, non fornisce sufficienti linee guida che garantiscano la chiarezza circa l'estensione di detto diritto. Pertanto, vi è stata una violazione dell'art. 8 della Convenzione sotto tale aspetto», ma, per altro verso, non aveva preso posizione sulle concrete modalità di attuazione di tale diritto. Rimane tuttora incerta, pertanto, la configurabilità di un vero e proprio obbligo, in capo alle autorità nazionali, di adottare direttive complete e chiare in materia di eutanasia.

Nel caso *Church of scientology of St Petersburg and others v. Russia*, infine, la Corte ha censurato la condotta della Federazione Russa che aveva negato ad alcuni gruppi afferenti al movimento religioso di Scientology di poter ottenere l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, in quanto lesiva degli art. 11 (libertà di associazione) e 9 (libertà religiosa) della CEDU.

Corte costituzionale

Sentenza 10 giugno 2014, n. 162

Fecondazione eterologa: parziale illegittimità costituzionale degli artt. 4, 5, 9 e 12 della legge n. 40 del 2004.

Abstract. *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce 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; dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»; dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»; e dell'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004.*

[OMISSIS]

Considerato in diritto

1. – Il Tribunale ordinario di Milano, il Tribunale ordinario di Firenze ed il Tribunale ordinario di Catania hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3 Cost. (tutte e tre le ordinanze), 2, 31 e 32 Cost. (la prima e la terza ordinanza), nonché (la prima ordinanza) agli artt. 29 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (di seguito: CEDU), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) (tutte le ordinanze) e degli artt. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e 12, comma 1, di detta legge (la prima e la terza ordinanza).

La legge n. 40 del 2004 reca norme in materia di procreazione medicalmente assistita (infra: PMA) e permette, «Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», il ricorso alla PMA, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla stessa (art. 1). L'art. 4, comma 3, di detta legge stabilisce che «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo»; l'art. 9, concernente il «Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre», dispone, in primo luogo, che, «Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice»

(comma 1); in secondo luogo, prevede che, «In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (comma 3). L'art. 12, comma 1, stabilisce, infine, che «Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro».

2. – Secondo tutti i rimettenti, il citato art. 4, comma 3, si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto, avendo la legge n. 40 del 2004 lo scopo di «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», il divieto dallo stesso stabilito realizzerebbe un diverso trattamento delle coppie affette da sterilità o da infertilità, nonostante esse versino in situazioni sostanzialmente omologhe e, quindi, debbano avere l'eguale possibilità di ricorrere alla tecnica più utile di PMA, al fine di porre rimedio alla patologia dalla quale sono affette.

Ad avviso del Tribunale ordinario di Milano, tutte le norme censurate recherebbero *vulnus* anche agli artt. 2, 29 e 31 Cost., in quanto – benché il primo di detti parametri riconosca e tuteli il diritto alla formazione della famiglia (oggetto anche del secondo parametro) – non garantiscono alle coppie colpite da sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile il diritto fondamentale alla piena realizzazione della vita privata familiare e di autodeterminazione in ordine alla medesima, con pregiudizio, secondo il Tribunale ordinario di Catania, per le coppie colpite dalla patologia più grave, del diritto di formare una famiglia e costruire liberamente la propria esistenza. Per entrambi i rimettenti, la considerazione che il divieto in esame non tuteli l'integrità fisica e psichica di dette coppie e che in materia di pratica terapeutica la regola debba essere l'autonomia e la responsabilità del medico, il quale, con il consenso del paziente, effettua le necessarie scelte professionali, evidenzerebbe il contrasto delle disposizioni con gli artt. 3 e 32 Cost.

Sotto un ulteriore profilo, secondo il Tribunale ordinario di Catania, gli artt. 2 e 31 Cost. sarebbero lesi, poiché la soluzione dei problemi riproduttivi della coppia sarebbe riconducibile al diritto fondamentale alla maternità/paternità e le norme censurate avrebbero realizzato un irragionevole bilanciamento del diritto alla salute della madre biologica e della madre genetica, del diritto costituzionalmente protetto alla formazione della famiglia e dei diritti del nascituro, anche in considerazione del carattere ipotetico dell'eventuale sofferenza psicologica provocata dalla mancata conoscenza della propria origine genetica e dell'esistenza di un istituto quale l'adozione, che ammette le relazioni parentali atipiche.

Il Tribunale ordinario di Milano censura, infine, le norme sopra indicate, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU, approfondendo gli argomenti che, a suo avviso, dimostrerebbero l'esistenza di siffatto contrasto anche avendo riguardo alla sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo 3 novembre 2011, S.H. e altri contro Austria.

3. – In linea preliminare, va ribadito quanto statuito con l'ordinanza della quale è stata data lettura in udienza, allegata al presente provvedimento, in ordine alla disposta riunione dei giudizi (aventi ad oggetto, in parte, le stesse norme, censurate in relazione a parametri costituzionali per profili e con argomentazioni in larga misura coincidenti) ed all'inammissibilità dell'intervento nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania dell'Associazione Vox-Osservatorio italiano sui diritti, nonché di

quello, spiegato con un unico atto, dall'Associazione Luca Coscioni, per la libertà di ricerca scientifica, dall'Associazione Amica Cicogna Onlus, dall'Associazione Cerco un bimbo e dall'Associazione Liberi di decidere.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, sono, infatti, ammessi a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale le sole parti del giudizio principale ed i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (per tutte, sentenze n. 134 e n. 85 del 2013). Pertanto, poiché le suindicate associazioni non sono parti nel processo principale e non risultano essere titolari di un siffatto interesse qualificato, gli interventi vanno dichiarati inammissibili. In ordine a quello spiegato dalle ultime Associazioni sopra richiamate, va, inoltre, ribadito come la circostanza che esse siano parti in un giudizio diverso da quello oggetto dell'ordinanza di rimessione, nel quale è stata sollevata analoga questione di legittimità costituzionale, neppure è sufficiente a renderlo ammissibile (ex plurimis, sentenza n. 470 del 2002; ordinanza n. 150 del 2012).

3.1. – Le questioni di legittimità costituzionale oggetto di scrutinio costituiscono una nuova proposizione di quelle, in parte analoghe, sollevate dai giudici a quibus nel corso dei medesimi processi principali, decise da questa Corte con l'ordinanza n. 150 del 2012 che – dopo averle ritenute ammissibili – ha disposto la restituzione degli atti, per un rinnovato esame delle stesse, alla luce della sopravvenuta sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria.

I Tribunali ordinari di Firenze e di Catania, nell'osservanza di siffatto onere, hanno formulato una nuova e diversa prospettazione delle stesse questioni, esplicitando gli argomenti che, a loro avviso, dimostrano la perdurante rilevanza e la non manifesta infondatezza esclusivamente delle censure riferite agli artt. 2, 3, 31 e 32 Cost.; non hanno, quindi, più proposto quelle concernenti l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU. Queste ultime sono state, invece, reiterate dal Tribunale ordinario di Milano, il quale ha, tuttavia, diffusamente motivato sul punto ed è palese che l'eventuale fondatezza dei relativi argomenti concerne esclusivamente il merito delle censure. Sotto questo profilo, non è, quindi, fondata l'eccezione con cui l'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle questioni, deducendo la violazione del suindicato onere. L'ulteriore eccezione di inammissibilità, proposta sul rilievo che l'accoglimento delle censure determinerebbe incolpabili «vuoti normativi», sarà esaminata in seguito, unitamente allo scrutinio nel merito delle censure.

3.2. – La questione di legittimità costituzionale può poi essere sollevata anche in sede cautelare, qualora il giudice non abbia provveduto sulla domanda (come accaduto nei giudizi in esame), ovvero quando abbia concesso la relativa misura, purché tale concessione non si risolva nel definitivo esaurimento del potere del quale egli è titolare in tale sede (tra le molte, ordinanze n. 3 del 2014 e n. 150 del 2012). Anche in relazione a questo profilo le questioni sono pertanto ammissibili.

3.3. – Sull'ammissibilità della questione sollevata dal Tribunale ordinario di Firenze non incide, inoltre, l'omessa censura degli artt. 9, commi 1 e 3, e 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004, poiché la norma della quale il rimettente deve fare immediata e diretta applicazione nel processo principale è soltanto il citato art. 4, comma 3, mentre la mancata considerazione di quelle ulteriori non influisce sulla correttezza della ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

Parimenti irrilevante è che nel relativo processo principale, secondo quanto de-

dotta da alcune delle associazioni intervenute nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania, sarebbe sopravvenuta la separazione personale dei coniugi ricorrenti. Indipendentemente da ogni considerazione in ordine alla prova di siffatta sopravvenienza, la stessa non può esplicare effetti sul giudizio di legittimità costituzionale, in quanto questo, una volta iniziato in seguito ad ordinanza di rinvio del giudice rimettente, non è suscettibile di essere influenzato da successive vicende di fatto concernenti il rapporto dedotto nel processo che lo ha occasionato, come previsto dall'art. 18 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, nel testo approvato il 7 ottobre 2008 (sentenze n. 274 del 2011 e n. 227 del 2010).

3.4. – Secondo i giudici a quibus, nelle fattispecie sottoposte alla loro decisione sussistono, inoltre, i requisiti soggettivi di cui all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, ma i ricorrenti, allo scopo di avere un figlio, non possono fare ricorso alla PMA di tipo omologo, in quanto uno dei componenti della coppia è stato colpito da patologie produttive della sterilità o infertilità assolute ed irreversibili, mentre potrebbero utilmente avvalersi di quella di tipo eterologo.

Tutte le ordinanze di rinvio hanno, quindi, argomentato in modo non implausibile in ordine alla rilevanza delle questioni, che, in coerenza con il *petitum* formulato, sussiste esclusivamente in riferimento alla previsione del divieto, nella parte in cui impedisce ai soggetti che vantano i requisiti di cui all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, di fare ricorso alla PMA di tipo eterologo, qualora sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assoluta.

Sussiste, inoltre, l'incidentalità delle sollevate questioni. Le censure hanno, infatti, ad oggetto norme che i rimettenti devono applicare, quale passaggio obbligato al fine della decisione sulle domande proposte nei processi principali, concernenti il riconoscimento del diritto delle parti attrici ad ottenere la condanna dei convenuti ad eseguire la prestazione richiesta, con conseguente esistenza di un *petitum* distinto dalle sollevate questioni di legittimità costituzionale.

3.5. – Ancora in linea preliminare, occorre precisare che non possono essere presi in considerazione, oltre i limiti fissati nelle ordinanze di rimessione, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, tanto se siano stati eccepiti ma non fatti propri da queste ultime, quanto se siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze (per tutte, sentenza n. 275 del 2013, ordinanza n. 10 del 2014).

Spetta, inoltre, a questa Corte valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il *thema decidendum* e stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza, dichiarandone eventualmente assorbite alcune, quando si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità (sentenze n. 278 e n. 98 del 2013, n. 293 del 2010).

4. – Nel merito, le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. sono fondate nei termini di seguito precisati.

5. – Lo scrutinio delle censure va effettuato, avendo riguardo congiuntamente a tutti questi parametri, poiché la procreazione medicalmente assistita coinvolge «plurime esigenze costituzionali» (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono «un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005), avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa «tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (sentenza n. 151 del 2009).

Le questioni toccano temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore» (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano. Il divieto in esame non costituisce, peraltro, il frutto di una scelta consolidata nel tempo, in quanto è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico proprio dal censurato art. 4, comma 3. Anteriormente, l'applicazione delle tecniche di fecondazione eterologa era, infatti, «lecita [...] ed ammessa senza limiti né soggettivi né oggettivi» e, nell'anno 1997, era praticata da 75 centri privati (Relazione della XII Commissione permanente della Camera dei deputati presentata il 14 luglio 1998 sulle proposte di legge n. 414, n. 616 e n. 816, presentate nel corso della XII legislatura). Tali centri operavano nel quadro delle circolari del Ministro della sanità del 1° marzo 1985 (Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale), del 27 aprile 1987 (Misure di prevenzione della trasmissione del virus HIV e di altri agenti patogeni attraverso il seme umano impiegato per fecondazione artificiale) e del 10 aprile 1992 (Misure di prevenzione della trasmissione dell'HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo), nonché dell'ordinanza dello stesso Ministero del 5 marzo 1997, recante «Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani» (avente efficacia temporalmente limitata, poi prorogata per ulteriori novanta giorni da una successiva ordinanza del 4 giugno 1997).

Il primo di tali atti vietava, infatti, esclusivamente la possibilità di praticare la PMA eterologa all'interno di strutture del Servizio sanitario nazionale; il secondo aveva, invece, avuto cura di stabilire i protocolli per l'utilizzazione del seme «per le inseminazioni eterologhe», dettando altresì le regole di approntamento dello schedario delle coppie che si sottoponevano a tale pratica e dei donatori di gameti, nonché della tipologia di accertamenti da svolgere su questi ultimi; il terzo aveva ulteriormente specificato la disciplina concernente le modalità di raccolta, preparazione e crioconservazione del liquido seminale dei donatori, nonché dello screening cui doveva essere sottoposta la donna ricevente la donazione, «al fine di tutelare l'eventuale nascituro»; il quarto aveva, infine, vietato «ogni forma di remunerazione, diretta o indiretta, immediata o differita, in denaro od in qualsiasi altra forma per la cessione di gameti, embrioni o, comunque, di materiale genetico», nonché ogni forma di intermediazione commerciale finalizzata a tale cessione, disponendo l'obbligo da parte dei centri che la praticavano di comunicare taluni dati al Ministero della sanità.

Siffatto divieto neppure è, poi, conseguito ad obblighi derivanti da atti internazionali, dato che, come già è stato puntualizzato da questa Corte, la sua eliminazione in nessun modo ed in nessun punto viola i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (che solo vieta la PMA a fini selettivi ed eugenetici e, peraltro, è ancora priva degli strumenti di attuazione) e dal Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, recepiti nel nostro ordinamento con la legge di adattamento 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica della Convenzione di Oviedo) (sentenza n. 49 del 2005).

6. – Posta questa premessa, opportuna al fine della contestualizzazione del divieto in esame, occorre constatare che esso, impedendo alla coppia destinataria della legge n. 40 del 2004, ma assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale.

Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009).

Va anche osservato che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (come è deducibile dalle sentenze n. 189 del 1991 e n. 123 del 1990). Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori (come affermato da questa Corte sin dalla sentenza n. 11 del 1981) rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa.

La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale.

7. – La disciplina in esame incide, inoltre, sul diritto alla salute, che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va inteso «nel significato, proprio dell'art. 32 Cost., comprensivo anche della salute psichica oltre che fisica» (sentenza n. 251 del 2008; analogamente, sentenze n. 113 del 2004; n. 253 del 2003) e «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica» (sentenza n. 167 del 1999). Peraltro, questa nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano» (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946).

In relazione a questo profilo, 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.

In coerenza con questa nozione di diritto alla salute, deve essere, quindi, ribadito che, «per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti» (sentenza n. 161 del 1985), sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali.

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» (sentenze n. 80 del 2010, n. 251 del 2008). Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta. Pertanto, va ribadito che, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» (sentenza n. 151 del 2009), fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali. Non si tratta di soggettivizzare la nozione di salute, né di assecondare il desiderio di autocompiacimento dei componenti di una coppia, piegando la tecnica a fini consumistici, bensì di tenere conto che la nozione di patologia, anche psichica, la sua incidenza sul diritto alla salute e l'esistenza di pratiche terapeutiche idonee a tutelarla vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango.

8. – Il censurato divieto incide, quindi, sui richiamati beni costituzionali. Tuttavia, ciò non è sufficiente a farlo ritenere illegittimo, occorrendo a questo scopo accertare se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame.

9. – In linea preliminare, va osservato che la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita. La considerazione che il divieto è stato censurato nella parte in cui impedisce il ricorso a detta tecnica nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia, che è causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute, deve escludere, in radice, infatti, un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici.

La tecnica in esame (che va rigorosamente circoscritta alla donazione di gameti e tenuta distinta da ulteriori e diverse metodiche, quali la cosiddetta «surrrogazione di maternità», espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, con prescrizione non censurata e che in nessun modo ed in nessun punto è incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia), 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.

10. – 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. Le censure, ad avviso dell'interveniente, sarebbero inoltre inammissibili, come sopra accennato, poiché il loro eventuale accoglimento determinerebbe incolmabili «vuoti normativi» in ordine a rilevanti profili della disciplina applicabile, venendo in rilievo «una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza del conditor iuris», che porrebbe esclusivamente «scelte di opportunità», riconducibili alla discrezionalità riservata al legislatore ordinario.

Questa eccezione evidenzia l'inestricabile correlazione esistente tra profili concernenti l'ammissibilità ed il merito delle questioni. Devono, per ciò stesso, essere esaminati congiuntamente.

L'eccezione di inammissibilità non è fondata, anche se va escluso che l'accoglimento delle questioni possa far rivivere gli atti amministrativi sopra richiamati, come sostenuto invece dalle parti private. Il contenuto del divieto introdotto dal citato art. 4, comma 3, e l'impossibilità di qualificare detta norma (e l'intera legge) come esclusivamente ed espressamente abrogatrice di una norma preesistente, nonché la natura di tali atti, rendono infatti palese che non ricorre nessuna delle «ipotesi tipiche e molto limitate» di reviviscenza che l'ordinamento costituzionale tollera (tra le più recenti, sentenza n. 70 del 2013).

11. – Posta questa premessa, deve essere ribadito che la legge n. 40 del 2004 costituisce la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore [...] che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa» e, quindi, sotto questo profilo, è «costituzionalmente necessaria» (sentenza n. 45 del 2005). Nondimeno, in parte qua, essa non ha contenuto costituzionalmente vincolato; infatti, nel dichiarare ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione, tra gli altri, dell'art. 4, comma 3, è stato sottolineato che l'eventuale accoglimento della proposta referendaria non avrebbe fatto «venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria» (sentenza n. 49 del 2005).

In relazione al «vuoto normativo» paventato dall'interveniente, rinviando alle considerazioni svolte di seguito per l'identificazione delle lacune eventualmente conseguenti all'accoglimento delle questioni, occorre, peraltro, ricordare che questa Corte sin dalla sentenza n. 59 del 1958 ha affermato che il proprio potere «di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne; mentre spetta alla saggezza del legislatore [...] di eliminarla nel modo più sollecito ed opportuno» e, di recente, ha ribadito che, «posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenza n. 113 del 2011).

L'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende, infatti, imprescindibile affermare che il relativo sindacato «deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico» (sentenza n. 1 del 2014), non essendo, ovviamente, ipotizzabile l'esistenza di ambiti sottratti allo stesso. Diversamente, si determinerebbe, infatti, una lesione intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato, soprattutto quando risulti accertata la violazione di una libertà fondamentale, che non può mai essere giustificata con l'eventuale inerzia del legislatore ordinario. Una volta

accertato che una norma primaria si pone in contrasto con parametri costituzionali, questa Corte non può, dunque, sottrarsi al proprio potere-dovere di porvi rimedio e deve dichiararne l'illegittimità, essendo poi «compito del legislatore introdurre apposite disposizioni» (sentenza n. 278 del 2013), allo scopo di eliminare le eventuali lacune che non possano essere colmate mediante gli ordinari strumenti interpretativi dai giudici ed anche dalla pubblica amministrazione, qualora ciò sia ammissibile.

Nella specie sono, peraltro, identificabili più norme che già disciplinano molti dei profili di più pregnante rilievo, anche perché il legislatore, avendo consapevolezza della legittimità della PMA di tipo eterologo in molti paesi d'Europa, li ha opportunamente regolamentati, dato che i cittadini italiani potevano (e possono) recarsi in questi ultimi per fare ad essa ricorso, come in effetti è accaduto in un non irrilevante numero di casi.

11.1. – La ritenuta fondatezza delle censure non determina incertezze in ordine all'identificazione dei casi nei quali è legittimo il ricorso alla tecnica in oggetto. L'accoglimento delle questioni, in coerenza con il *petitum* formulato dai rimettenti, comporta, infatti, l'illegittimità del divieto in esame, esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute. In particolare, secondo quanto stabilito dagli artt. 1, comma 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, all'evidenza direttamente riferibili anche alla PMA di tipo eterologo, il ricorso alla stessa, una volta dichiarato illegittimo il censurato divieto, deve ritenersi consentito solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere «documentate da atto medico» e da questo certificate. Il ricorso a questa tecnica, non diversamente da quella di tipo omologo, deve, inoltre, osservare i principi di gradualità e del consenso informato stabiliti dal citato art. 4, comma 2.

Nessuna lacuna sussiste in ordine ai requisiti soggettivi, poiché la dichiarata illegittimità del divieto non incide sulla previsione recata dall'art. 5, comma 1, di detta legge, che risulta ovviamente applicabile alla PMA di tipo eterologo (come già a quella di tipo omologo); quindi, alla stessa possono fare ricorso esclusivamente le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Ad analoga conclusione deve pervenirsi quanto alla disciplina del consenso, dato che la completa regolamentazione stabilita dall'art. 6 della legge n. 40 del 2004 – una volta venuto meno, nei limiti sopra precisati, il censurato divieto – riguarda evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituisce una particolare metodica di PMA. È, inoltre, parimenti chiaro che l'art. 7 della legge n. 40 del 2004, il quale offre base giuridica alle Linee guida emanate dal Ministro della salute, «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», avendo ad oggetto le direttive che devono essere emanate per l'esecuzione della disciplina e concernendo il *genus* PMA, di cui quella di tipo eterologo costituisce una *species*, è, all'evidenza, riferibile anche a questa, come lo sono altresì gli artt. 10 ed 11, in tema di individuazione delle strutture autorizzate a praticare la procreazione medicalmente assistita e di documentazione dei relativi interventi.

Siffatta considerazione permette, poi, di ritenere che le norme di divieto e sanzione non censurate (le quali conservano validità ed efficacia), preordinate a garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di requisiti soggettivi, modalità di espressione del consenso e documentazione medica necessaria ai fini della diagnosi della patologia e della praticabilità della tecnica, nonché a garantire il rispetto delle prescrizioni con-

cernenti le modalità di svolgimento della PMA ed a vietare la commercializzazione di gameti ed embrioni e la surrogazione di maternità (art. 12, commi da 2 a 10, della legge n. 40 del 2004) sono applicabili direttamente (e non in via d'interpretazione estensiva) a quella di tipo eterologo, così come lo sono le ulteriori norme, nelle parti non incise da pronunce di questa Corte.

I profili sui quali si è soffermato l'interveniente, concernenti lo stato giuridico del nato ed i rapporti con i genitori, sono, inoltre, anch'essi 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». Della nuova concezione della paternità il legislatore ordinario si è, peraltro, di recente dimostrato consapevole, modificando l'art. 231 del codice civile, il quale, nel testo novellato dall'art. 8 del decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), stabilisce, significativamente, che «Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio», risultando così sostituita l'originaria formulazione della norma, la quale disponeva, invece, che «Il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio».

Una volta espunte dai commi 1 e 3 dell'art. 9 della legge n. 40 del 2004, a seguito dell'accoglimento delle sollevate questioni, le parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3» risulta, infine, confermata sia l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità (il richiamo dell'art. 235 cod. civ. a seguito delle modifiche realizzate dagli artt. 17 e 106 del d.lgs. n. 154 del 2013 deve ritenersi ora riferito all'art. 243-bis cod. civ.) e dell'impugnazione ex art. 263 cod. civ. (nel testo novellato dall'art. 28 del d.lgs. n. 154 del 2013), 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.

12. – Dalle norme vigenti è, dunque, già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario, oggetto degli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, recante «Attuazione della direttiva 2004/23/CE sulla definizione delle norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane»). In relazione al numero delle donazioni è, poi, possibile un aggiornamento delle Linee guida, eventualmente anche alla luce delle discipline stabilite in altri Paesi europei (quali, ad esempio, la Francia e il Regno Unito), ma tenendo conto dell'esigenza di consentirle entro un limite ragionevolmente ridotto.

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, recante «Diritto del minore ad una famiglia», nel testo modificato dall'art. 100, comma 1, lettera p, del d.lgs. n. 154 del 2013). 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). Siffatta esigenza è stata confermata da questa Corte la quale, nello scrutinare la norma che vietava l'accesso alle informazioni nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata, ha affermato che l'irreversibilità del segreto arrecava un insanabile *vulnus* agli artt. 2 e 3 Cost. e l'ha, quindi, rimossa, giudicando inammissibile il suo mantenimento ed invitando il legislatore ad introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta compiuta dalla madre naturale e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato (sentenza n. 278 del 2013).

13. – Il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento, non giustificabile neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo.

A tal proposito, va ricordato che la giurisprudenza costituzionale «ha desunto dall'art. 3 Cost. un canone di “razionalità” della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell’“esigenza di conformità dell’ordinamento a valori di giustizia e di equità” [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l’eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa» (sentenza n. 87 del 2012). Lo scrutinio di ragionevolezza, in ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, impone, inoltre, a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988). A questo scopo può essere utilizzato il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che «richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (sentenza n. 1 del 2014).

In applicazione di tali principi, alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente 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, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle

coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis. Non rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è influente in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché «il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe» (sentenza n. 1009 del 1988), come appunto nel caso in esame.

Il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite.

La regolamentazione degli effetti della PMA di tipo eterologo praticata al di fuori del nostro Paese, benché sia correttamente ispirata allo scopo di offrire la dovuta tutela al nato, pone, infine, in evidenza un ulteriore elemento di irrazionalità della censurata disciplina. Questa realizza, infatti, 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. Ed è questo non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole. In definitiva, le norme censurate, pur nell'obiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi, in violazione dei parametri costituzionali sopra richiamati.

Deve essere quindi dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui stabilisce 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, nonché dell'art. 9, commi 1 e 3, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3», e dell'art. 12, comma 1, di detta legge.

14. – Restano assorbiti i motivi di censura formulati in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui stabilisce 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) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»;

3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 3, della legge n. 40 del 2004, limitatamente alle parole «in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3»;

4) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 1, della legge n. 40 del 2004, nei limiti di cui in motivazione.

[OMISSIS]

ALLEGATO:
ORDINANZA LETTA ALL'UDIENZA DELL'8 APRILE 2014
ORDINANZA

Rilevato che i giudizi hanno ad oggetto, in parte, le stesse norme, censurate in relazione a parametri costituzionali, per profili e con argomentazioni in larga misura coincidenti che, quindi, vanno riuniti per essere decisi con una stessa pronuncia;

che nel giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania (reg. ord. n. 240 del 2013) sono intervenute:

a) l'Associazione Vox-Osservatorio italiano sui diritti, la quale non è parte nel processo principale, deducendo di essere titolare di un interesse specifico, connesso alle sollevate questioni di legittimità costituzionale, in quanto «per statuto, si propone di analizzare gli sviluppi della società dal punto di vista giuridico, socio-economico e culturale per individuare l'insieme dei diritti da proteggere, potenziare e conquistare», con la conseguenza che, rientrando l'oggetto di dette questioni nell'ambito dell'attività e degli interessi da essa perseguiti, sarebbe legittimata ad intervenire nel giudizio di costituzionalità;

b) l'Associazione Luca Coscioni, per la libertà di ricerca scientifica, l'Associazione Amica Cicogna Onlus, l'Associazione Cerco un bimbo e l'Associazione Liberi di decidere (intervenute con un unico atto), le quali, premesso di avere spiegato intervento (*ritenuto* ammissibile) nel processo principale in corso davanti al Tribunale ordinario di Firenze, in cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale con l'ordinanza iscritta al n. 213 del reg. ord. 2013, deducono che, «per intervenuta separazione personale dei coniugi [...] non hanno depositato costituzione nel procedimento» promosso da detta ordinanza e, tuttavia, sostengono che, «per le funzioni che svolgono nell'ambito di cui trattasi, rappresentando i diritti di pazienti, studiosi e cittadini, si configurano come soggetti titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio», anche perché la seconda di dette associazioni risulterebbe «essere osservatorio privilegiato sul mondo della fecondazione medicalmente assistita», sicché sarebbero legittimate ad intervenire nel diverso giudizio promosso dal Tribunale ordinario di Catania originato dall'ordinanza di rimessione pronunciata da detto giudice;

che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, sono ammessi ad intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale le sole parti del giudizio principale ed i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (per tutte, sentenze n. 134 e n. 85 del 2013), mentre la circostanza che un soggetto sia parte in un giudizio diverso da quello oggetto dell'ordinanza di rimessione, nel quale sia stata sollevata analoga questione di legittimità costituzionale, neppure è sufficiente a rendere ammissibile l'intervento (ex plurimis, sentenza n. 470 del 2002; ordinanza n. 150 del 2012);

che, alla luce di detti principi, poiché le suindicate associazioni non sono parti nel giudizio principale nel cui corso il Tribunale ordinario di Catania ha sollevato le

questioni di legittimità costituzionale oggetto dell'ordinanza iscritta al n. 240 del reg. ord. 2013, né risultano essere titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, gli interventi dalle stesse proposti vanno dichiarati inammissibili.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili gli interventi dell'Associazione Vox-Osservatorio italiano sui diritti, dell'Associazione Luca Coscioni, per la libertà di ricerca scientifica, dell'Associazione Amica Cicogna Onlus, dell'Associazione Cerco un bimbo e dell'Associazione Liberi di decidere, nel giudizio introdotto dal Tribunale ordinario di Catania, con l'ordinanza iscritta al n. 240 del reg. ord. 2013.

Fonte: www.cortecostituzionale.it

Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale nr. 162/2014 (Roma, 4 settembre 2014)

PREMESSA

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, riunita in seduta straordinaria in data odierna, ha esaminato il testo del documento elaborato dalla Commissione Salute a seguito del lavoro istruttorio condotto dallo specifico gruppo tecnico scientifico di esperti sulla Procreazione Medicalmente Assistita (di seguito PMA).

Preliminarmente le Regioni e PP.AA. sottolineano che hanno preso atto della sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162, depositata il 10 giugno 2014 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 18 giugno 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa contenuto nell'articolo 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), che ha innescato riflessioni e ipotesi normative in merito all'applicazione di questa metodica sia a livello ministeriale, che regionale e di società scientifiche.

Considerato che il Governo ha ritenuto di non intervenire con un proprio provvedimento normativo in una materia così delicata per le sue implicazioni etiche lasciando tale competenza al Parlamento, le Regioni e PP.AA. hanno condiviso la responsabilità di fornire indirizzi operativi ed indicazioni cliniche omogenee al fine di rendere immediatamente esigibile un diritto costituzionalmente garantito su tutto il territorio nazionale, dimostrando capacità di *governance* nazionale.

È stato pertanto concordato di definire, in attesa che il Parlamento legiferi in materia, un accordo interregionale che verrà recepito dalle singole Regioni e PP.AA., il quale avrà valenza transitoria, ma che permetterà comunque alle coppie che ne faranno richiesta di poter accedere alla fecondazione eterologa.

Gli indirizzi operativi e le indicazioni cliniche contenute nel presente documento si dovranno applicare alle strutture pubbliche, a quelle accreditate nonché a quelle private non accreditate.

Le Regioni e le PP.AA. considerano che omologa ed eterologa, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale, risultano entrambe modalità di PMA riconosciute LEA, anche sulla scorta del parere favorevole espresso in sede di Conferenza Stato - Regioni del 29 aprile 2004 sul riparto delle risorse destinate a favorire l'accesso alle tecniche di PMA, previsto dall'art. 18 della Legge 40/2004.

Ai fini del riconoscimento economico, le Regioni e le PP.AA. evidenziano la necessità di inserire nel DPCM di adeguamento dei LEA, così come definito nel Patto per la Salute 2014-2016, la PMA omologa ed eterologa.

PRESO ATTO della nota dell'8 Agosto 2014 del Ministro della Salute ai Capi-gruppo Parlamentari con la quale il Ministro sottolinea i cardini principali, che sono condivisi dalle Regioni, sui quali dovrebbe basarsi la organizzazione delle procedura di PMA da donazione, che sono:

- Il recepimento di parte della direttiva 2006/17/CE;

- L'istituzione di un registro nazionale per la tracciabilità donatore-nato;
- La regola della gratuità e volontarietà della donazione di cellule riproduttive;
- Il principio di anonimato del donatore e la sua deroga esclusivamente per esigenze di salute del nato;
 - L'introduzione di un limite massimo alle nascite da un medesimo donatore;
 - L'introduzione di un limite minimo e massimo di età per i donatori;
 - L'introduzione immediata della fecondazione eterologa nei LEA, con relativa copertura finanziaria.

CONSIDERATO che la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo richiede, rispetto a quella di tipo omologo, un'attività specifica consistente nella selezione dei donatori di gameti, secondo criteri di sicurezza e al fine di garantire la tutela della salute, la regolamentazione tecnica dovrebbe in particolar modo dettagliare:

- I criteri di selezione dei donatori e dei riceventi;
- La precisazione degli esami infettivologici e genetici da effettuare;
- Le regole sull'anonimato dei donatori;
- Il numero di donazioni che sarà possibile effettuare da parte di un donatore/donatrice;
 - La tenuta della tracciabilità delle donazioni e degli eventi avversi;
 - I criteri che i soggetti interessati dovranno seguire per l'esecuzione della metodica.

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, al fine di rendere omogeneo a livello nazionale l'accesso alle procedure eterologhe, ha concordato i seguenti indirizzi operativi per le Regioni e le Province Autonome, che saranno recepiti con delibera di giunta regionale o con specifico provvedimento regionale.

Sulla scorta della sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile 2014, n. 162, con i presenti indirizzi operativi si stabiliscono le disposizioni per consentire l'avvio delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, comprese quelle che impiegano gameti maschili e femminili entrambi donati da soggetti diversi dai componenti della coppia ricevente, garantendo la sicurezza e la tutela della salute di tutti i soggetti coinvolti.

La donazione di cellule riproduttive da utilizzare nell'ambito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è atto volontario, altruista, gratuito, interessato solo al "bene della salute riproduttiva" di un'altra coppia. Non potrà esistere una retribuzione economica per i donatori/donatrici, né potrà essere richiesto alla ricevente contributo alcuno per i gameti ricevuti. Non si escludono forme di incentivazione alla donazione di cellule riproduttive in analogia con quanto previsto per donazione di altre cellule, organi o tessuti. Ai donatori con rapporto di lavoro dipendente, ovvero interessati dalle tipologie contrattuali di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, possono essere applicate le disposizioni previste dalla normativa vigente in materia di attività trasfusionali e di trapianto di midollo. L'importazione e l'esportazione di gameti sono consentite, rispettivamente, solo da e verso istituti di tessuti accreditati/autorizzati ai sensi della normativa europea vigente in materia. Si rinvia a quanto disposto dal Decreto Min. Salute del 10 ottobre 2012 attuativo dell'art 9 DLgs 191/07. Inoltre, il procedimento di selezione dei donatori e gli accertamenti di screening devono essere conformi al presente documento.

Centri autorizzati alla pratica della fecondazione eterologa

La normativa europea identifica i Centri di PMA come Istituti dei Tessuti e non individua ulteriori requisiti per i centri che praticano PMA eterologa rispetto ai requisiti necessari alla pratica omologa, perciò solo i centri PMA, conformi alle normative regionali in materia di autorizzazione/accreditamento, risultano parimenti idonei ad effettuare procedure di PMA anche eterologa compresa la fase di selezione dei donatori/donatrici, il recupero e la crioconservazione dei gameti. I trattamenti clinici di fecondazione eterologa ed i corrispondenti risultati dovranno essere comunicati annualmente in forma aggregata (in attesa di appositi approfondimenti da parte del Garante della Privacy) al Registro Nazionale PMA, analogamente a quanto obbligatorio per i trattamenti omologhi.

Requisiti soggettivi delle coppie di pazienti che possono usufruire della donazione di gameti

La metodica di PMA eterologa è eseguibile unicamente qualora sia accertata e certificata una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità. Possono far ricorso alla PMA di tipo eterologa coniugi o conviventi di sesso diverso, maggiorenni, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi (art 5, legge 40 /2004). Deve ritenersi applicabile anche per la PMA eterologa il limite di età indicato nella previsione contenuta nell'art. 4 L. 40/04 secondo la quale può ricorrere alla tecnica la donna "in età potenzialmente fertile" e comunque in buona salute per affrontare una gravidanza. Su suggerimento delle Società Scientifiche, si sconsiglia comunque la pratica eterologa su donne di età >50 anni per l'alta incidenza di complicanze ostetriche. Per la donazione di gameti maschili è comunque rilevante allo stesso modo l'età della partner, con le stesse limitazioni.

Indicazioni cliniche alla fecondazione eterologa

Devono essere certificate dal medico del centro su certificato di accesso alle tecniche PMA e sono sottoelencate.

a) femminili: le indicazioni sono tutte le situazioni mediche o iatrogene di sterilità comprovata in cui la donna non possa disporre di propri ovociti validi:

- Donne con ipogonadismo ipergonadotropo;
- Donne in avanzata età riproduttiva ma comunque in età potenzialmente fertile;
- Donne con ridotta riserva ovarica dopo fallimento di fecondazione omologa;
- Donne che sanno di essere affette o portatrici di un significativo difetto genetico o che hanno una storia familiare di una condizione per la quale lo stato di portatore non può essere determinato;
- Donne con ovociti e/o embrioni di scarsa qualità o ripetuti tentativi di concepimento falliti tramite tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA);
- Donne con fattore iatrogeno di infertilità.

b) maschili: le indicazioni alla donazione sono tutte le situazioni mediche o iatrogene di sterilità comprovata che determinano l'indisponibilità di spermatozoi utilizzabili.

- Partner maschile con dimostrata infertilità da fattore maschile severo (cioè, azoospermia e oligoastenoteratozoospermia severa o mancata fertilizzazione dopo iniezione intracitoplasmatica di sperma [ICSI]).
- Partner maschile con disfunzione eiaculatoria incurabile.
- Uomini che sanno di essere affetti o portatori di un significativo difetto genetico o che hanno una storia familiare di una condizione per la quale lo stato di portatore non può essere determinato.

- Partner maschile con una infezione sessualmente trasmissibile che non può essere eliminata.
- Uomini con fattore iatrogeno di infertilità.
- La partner femminile è Rh-negativo e gravemente isoimmunizzata e il partner maschile è Rh-positivo.

Selezione dei donatori

La donazione di gameti è consentita ai soggetti di sesso maschile di età non inferiore ai 18 anni e non superiore ai 40 anni, e ai soggetti di sesso femminile di età non inferiore ai 20 anni e non superiore ai 35 anni.

Donatori di gameti maschili

Sono candidabili i seguenti soggetti:

1. quelli che in modo spontaneo e altruistico decidono di donare i propri gameti e non si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;
2. quelli che si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;
3. quelli che hanno congelato gameti in passato e non volendo utilizzarli decidono di donarli.

N.B. I gameti dei candidati donatori che rientrano nei punti 2 e 3 potranno essere utilizzati qualora gli stessi rientrino nei criteri generali di selezione dei donatori, inclusi i risultati delle indagini infettivo logiche, genetiche e psicologiche.

Selezione

- La selezione di un donatore dovrebbe essere effettuata da un team composto da endocrinologo/urologo con competenze andrologiche e biologo, con possibilità di consulenza da parte di un genetista ed uno psicologo, sotto la supervisione del Responsabile del Centro.

- I criteri principali nella scelta di un donatore sono il buono stato di salute e l'assenza di anomalie genetiche note all'interno della famiglia (questo deve essere definito attraverso una accurata anamnesi genetica anche mediante un questionario validato da genetisti). Il donatore deve essere in grado di fornire notizie circa lo stato di salute di entrambi i genitori biologici (non deve essere adottato, né concepito a sua volta da donatore di gameti, né figlio di padre/madre non noto).

- Il donatore deve essere in grado di intendere e di volere, in buone condizioni di salute psico-fisica e non presentare nell'anamnesi elementi che indirizzino verso malattie ereditarie e familiari. La valutazione dei donatori dovrebbe anche affrontare l'esistenza di potenziali motivi finanziari o emotivi che possono condizionare la donazione.

- La selezione dei donatori con fertilità provata è cosa auspicabile ma non obbligatoria.

- È raccomandabile una valutazione e consulenza psicologica, per tutti i donatori di seme.

- La valutazione dovrebbe includere un colloquio clinico e, se necessario, test psicologici.

- Nessun proprietario, operatore, direttore del laboratorio o dipendente del centro che esegue l'inseminazione può essere utilizzato come donatore.

- Né il medico del paziente né l'esecutore dell'inseminazione può essere donatore del seme. Sono esclusi dalla donazione uomini che abbiano esposizione professionale ad alto rischio per tossicità riproduttiva (radiazioni o sostanze chimiche).

- Sono esclusi dalla possibilità di donare gameti i pazienti che abbiano effettuato e concluso trattamenti con chemioterapici o radioterapia da meno di due anni.

Test e screening per controllo dei donatori

Test del seme

Si consiglia di analizzare più di un campione seminale (ciascuno dopo un'astinenza di 2 - 5 giorni) prima di procedere con una più approfondita valutazione del candidato donatore.

Il campione deve essere esaminato entro 1-2 ore dopo l'eiaculazione in un contenitore sterile. I criteri utilizzati per giudicare la normalità del campione possono variare tra i laboratori. Ci sono standard non uniformemente accettati, ma, in generale, possono essere applicati i criteri minimi per definire normale il campione di seme. Si dovrebbero utilizzare solo campioni seminali con valori al di sopra del 50% centile dei valori di riferimento del WHO (linee guida internazionali) per quanto riguarda concentrazione e motilità progressiva.

Test di crioconservazione/scongelo: Il recupero dopo scongelamento deve fornire una percentuale di spermatozoi dotati di motilità rettilinea > 50% di quello del seme pre-crioconservazione.

Valutazione genetica

Devono essere eseguiti in tutti i donatori il cariotipo e il test per rilevare lo stato di portatore di fibrosi cistica ed eventualmente l'elettroforesi emoglobina per la ricerca delle emoglobine patologiche in base al risultato dell'emocromo (MCV ridotto). Eventuali approfondimenti genetici saranno considerati sulla base del risultato della valutazione genetica anamnestica.

Storia medica e valutazione clinica

I donatori devono essere sani e con anamnesi negativa per malattie ereditarie.

Deve essere raccolta accuratamente la storia personale e sessuale per escludere donatori ad alto rischio per HIV, malattie sessualmente trasmissibili, o altre infezioni trasmissibili attraverso la donazione di gameti. Il donatore deve essere sottoposto ad una accurata visita medica.

Analisi di laboratorio

Non esiste un metodo per garantire in maniera assoluta che nessun agente infettivo possa essere trasmesso con l'inseminazione con donazione di seme. Comunque le seguenti linee guida, combinate con un'adeguata anamnesi e l'esclusione di soggetti ad alto rischio per HIV e altre malattie sessualmente trasmissibili, possono significativamente ridurre tali rischi. Si richiede che vengano eseguiti i seguenti test, conformemente all'allegato II, punto 1.1 del Dlgs 16/2010, utilizzando metodi appropriati, allo scopo di determinare l'ammissibilità dei donatori. I risultati negativi devono essere documentati prima dell'uso di spermatozoi del donatore (I centri che utilizzano spermatozoi procurandoseli da una banca o da altro centro PMA, devono possedere la documentazione degli esami eseguiti)

- HBsAg o HBV-NAT, HBs Ab, HBcAb IgG e IgM ,
- Ab anti HCVAb o HCV-NAT
- HIV 1/2 ab (IV generazione) o HIV-NAT
- Ab anti-Citomegalovirus IgG, IgM

- TPHA-VDRL
- HTLV I e II (L'esame degli anticorpi HTLV va effettuato sui donatori che vivono in aree ad alta prevalenza o ne sono originari o i cui partner sessuali provengono da tali aree, ovvero qualora i genitori del donatore siano originari di tali aree).

I campioni di sangue vanno prelevati al momento di ogni singola donazione, se eseguite a distanza superiore di 90 giorni.

Le donazioni di gameti sono messe in quarantena per almeno 180 giorni e successivamente occorre ripetere gli esami. In caso di conferma della negatività degli esami il campione potrà essere utilizzato. Fa eccezione il caso in cui il campione di sangue prelevato al momento della donazione venga sottoposto a test con tecnica di amplificazione nucleica (NAT) per HIV, HBV, e HCV, purché eseguita il più possibile vicino alla donazione; in tal caso i gameti possono essere utilizzati senza attendere il periodo di quarantena. I risultati di queste indagini devono essere disponibili prima dell'utilizzo dei gameti.

Oltre agli esami sierologici i donatori di gameti maschili dovranno essere sottoposti a:

- Spermicoltura, urinocoltura, ricerca di *Neisseria Gonorrhoeae*, *Mycoplasma Hominis*, *Ureaplasma Urealyticum*, *Chlamydia Trachomatis* nel liquido seminale o nelle urine o nel tampone uretrale/urine primo mitto
- Gruppo sanguigno e fattore Rh
- Analisi chimico-cliniche di base (emocromo, glicemia, creatinina, colesterolo totale, HDL, trigliceridi, transaminasi, G6PDH).

Gestione dei risultati di laboratorio

La positività ai test eseguiti dovrebbe essere verificata prima di notificarla al potenziale donatore. Se la positività venisse confermata, l'individuo dovrebbe essere indirizzato ad una appropriata consulenza e work up clinico.

Risultati falsi positivi per la sifilide ottenuti utilizzando saggi non treponemici e che si confermano negativi con saggi treponemici risultano idonei per la donazione.

È opportuno che il partner, in ogni coppia che richiede inseminazione con seme donato, sia sottoposto ad una valutazione clinica appropriata e a test infettivologici allo scopo di risolvere eventuali problemi medico/legali che potrebbero sorgere qualora il partner sierconverta durante o dopo l'inseminazione.

Donatrici di gameti femminili

La donazione degli ovociti richiede stimolazione ovarica con monitoraggio e recupero degli ovociti. Comporta quindi, a differenza della donazione di gameti maschili, considerevoli disagi e rischi per la donatrice.

Sono candidabili i seguenti soggetti

1. Donne che in modo spontaneo e altruistico decidono di donare i propri gameti e non si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;
2. Donne che si stanno sottoponendo ad un trattamento di fecondazione assistita a loro volta;
3. Donne che hanno congelato gameti in passato e non volendo utilizzarli decidono di donarli.

N.B. I gameti dei candidati donatori che rientrano nei punti 2 e 3 potranno essere utilizzati qualora gli stessi rientrino nei criteri generali di selezione dei donatori, inclusi i risultati delle indagini infettivo logiche, genetiche e psicologiche.

Selezione

È fortemente raccomandato per la donatrice degli ovociti e per il suo partner (se esistente) una valutazione e consulenza psicologica fornita da un professionista qualificato.

- La selezione di una donatrice dovrebbe essere effettuata da un team composto da ginecologo e biologo con possibilità di consulenza da parte di un genetista ed uno psicologo, sotto la supervisione del Responsabile del Centro.

- I criteri principali nella scelta di una donatrice sono il buono stato di salute e l'assenza di anomalie genetiche note all'interno della famiglia (questo deve essere definito attraverso una accurata anamnesi genetica anche mediante un questionario validato da genetisti). La donatrice deve essere in grado di fornire notizie circa lo stato di salute di entrambi i genitori biologici (non deve essere adottato, né concepito a sua volta da donatore di gameti, né figlio di padre/madre non noto).

- La donatrice deve essere in grado di intendere e di volere, in buone condizioni di salute psico-fisica e non presentare nell'anamnesi elementi che indirizzino verso malattie ereditarie e familiari.

- La valutazione delle donatrici dovrebbe anche affrontare l'esistenza di potenziali motivi finanziari o emotivi che possono obbligare alla donazione.

- Nessuna proprietaria, operatrice, direttrice del laboratorio o dipendente del centro dove si esegue lo screening per la donazione di ovociti può essere la donatrice degli ovociti.

- Né il medico del paziente né l'esecutore dell'inseminazione può essere donatore di ovociti.

- Sono escluse dalla donazione donne che abbiano esposizione professionale ad alto rischio per tossicità riproduttiva (radiazioni o sostanze chimiche).

- Sono escluse dalla possibilità di donare gameti le pazienti che abbiano effettuato e concluso trattamenti con chemioterapici o radioterapia da meno di due anni.

Tests e screening per controllo delle donatrici di ovociti

Valutazione genetica

Devono essere eseguiti in tutte le donatrici il cariotipo e il test per rilevare lo stato di portatore di fibrosi cistica ed eventualmente l'elettroforesi emoglobina per la ricerca delle emoglobine patologiche in base al risultato dell'emocromo (MCV ridotto). Eventuali approfondimenti genetici saranno considerati sulla base del risultato della valutazione genetica anamnestica.

Storia medica e valutazione clinica

Le donatrici devono essere sane e con anamnesi negativa per malattie ereditarie. La potenziale donatrice dovrà presentare delle caratteristiche cliniche (ormonali ed ecografiche) compatibili con una donazione di ovociti adeguata, avere cicli mestruali regolari con assenza di patologia ovarica ed endocrinologica.

Deve essere raccolta accuratamente la storia personale e sessuale per escludere donatori ad alto rischio per HIV, malattie sessualmente trasmissibili, o altre infezioni trasmissibili attraverso la donazione di gameti. La donatrice deve essere sottoposta ad una accurata visita medica.

Analisi di laboratorio

Non esiste un metodo per garantire in maniera assoluta che nessun agente infettivo

possa essere trasmesso attraverso la donazione di ovociti. Comunque le seguenti linee guida, combinate con un adeguata anamnesi e l'esclusione di soggetti ad alto rischio per HIV e altre malattie sessualmente trasmissibili, possono significativamente ridurre tali rischi. Si richiede che vengano eseguiti i seguenti test, conformemente all'allegato II, punto 1.1 del Dlgs 16/2010, utilizzando metodi appropriati, allo scopo di determinare l'ammissibilità delle donatrici, e che i risultati negativi siano documentati prima dell'uso degli ovociti della donatrice. (I centri che utilizzano ovociti procurandoseli da altro centro PMA, devono possedere la documentazione degli esami eseguiti)

- HBsAg o HBV-NAT, HBs Ab, HBcAb IgG e IgM ,
- Ab anti HCVAb o HCV-NAT
- HIV 1/2 ab (IV generazione) o HIV-NAT
- Ab anti-Citomegalovirus IgG, IgM
- TPHA-VDRL
- HTLV I e II (L'esame degli anticorpi HTLV va effettuato su donatrici che vivono in aree ad alta prevalenza o ne sono originarie o i cui partner sessuali provengono da tali aree, ovvero qualora i genitori del donatore siano originari di tali aree).

I campioni di sangue vanno prelevati al momento di ogni singola donazione.

Quarantena degli ovociti: il congelamento degli ovociti non può essere eseguito in modo standardizzato; pertanto, la messa in quarantena degli ovociti non consente risultati di sopravvivenza e di gravidanza sovrapponibili all'utilizzo di ovociti freschi in modo standardizzato. In caso di utilizzo di ovociti freschi va effettuato sempre uno screening con esami virologici in PCR Real Time (NAT per HIV, HBV, e HCV). Resta comunque necessario effettuare i test sierologici previsti.

Nel caso di ovociti crioconservati, le donazioni sono messe in quarantena per almeno 180 giorni e successivamente occorre ripetere gli esami. In caso di conferma della negatività degli esami il campione potrà essere utilizzato. I risultati di queste indagini devono essere disponibili prima dell'utilizzo dei gameti.

Oltre agli esami sierologici le donatrici di ovociti dovranno essere sottoposte ai seguenti esami:

- Gruppo sanguigno e fattore Rh
- Analisi chimico-cliniche di base (emocromo, glicemia, creatinina, colesterolo totale, HDL, trigliceridi, transaminasi, G6PDH).
- Tampone vaginale e cervicale con ricerca di *Neisseria Gonorrhoeae*, *Mycoplasma Hominis*, *Ureaplasma Urealyticum*, *Chlamydia Trachomatis*.

Inoltre sono consigliabili un PAP-test o HPV-test ed un'ecografia mammaria eseguiti nell'ultimo anno.

Gestione dei risultati di laboratorio

La positività ai test eseguiti dovrebbe essere verificata prima di notificarla alla potenziale donatrice. Se la positività venisse confermata, l'individuo dovrebbe essere indirizzato ad una appropriata consulenza e work up clinico.

Risultati falsi positivi per la sifilide ottenuti utilizzando saggi non treponemici e che si confermano negativi con saggi treponemici risultano idonei per la donazione.

Scelta delle caratteristiche fenotipiche del donatore

Non è possibile per i pazienti scegliere particolari caratteristiche fenotipiche del donatore, al fine di evitare illegittime selezioni eugenetiche. In considerazione del fatto che la fecondazione eterologa si pone per la coppia come un progetto ripro-

duttivo di genitorialità per mezzo dell'ottenimento di una gravidanza, il centro deve ragionevolmente assicurare la compatibilità delle principali caratteristiche fenotipiche del donatore con quelle della coppia ricevente.

Anonimato dei donatori e tutela della riservatezza

Ferma restando la regola di anonimato di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, la donazione deve essere anonima (cioè non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa). I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente. L'accessibilità alla informazione sarà gestita informaticamente con il controllo di tracciabilità. I donatori/donatrici non hanno diritto di conoscere identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l'identità del donatore/donatrice.

Eventuali modifiche introdotte alla disciplina dell'anonimato della donazione successivamente alla applicazione del presente documento dovranno comunque garantire l'anonimato ai donatori che hanno donato prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Le persone che partecipano a programmi di donazione dovrebbero essere certi che la loro riservatezza sarà rispettata.

Consenso informato per donatori/donatrici

È essenziale per il/la donatore/donatrice firmare un consenso informato, che dovrebbe includere un fermo diniego di non avere nessun conosciuto fattore di rischio per malattie sessualmente trasmissibili e malattie genetiche. È necessario che il/la donatore/donatrice riconosca nel consenso informato la sua responsabilità di notificare al programma di donazione eventuali cambiamenti nel suo stato di salute o di fattori di rischio. Il/la donatore/donatrice deve anche specificare se accetta che i suoi gameti vengano utilizzati anche a scopo di ricerca, se non più utilizzabili per ulteriori donazioni.

Ai fini della manifestazione del consenso informato, e fermo restando quanto previsto dall'articolo 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, e dall'articolo 13 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191, e successive modificazioni, al donatore deve essere data comunicazione della possibilità di essere contattato nei casi e con le modalità descritte nel capitolo "Anonimato dei donatori e tutela della riservatezza" e deve darne apposito consenso.

Il consenso informato dovrà riportare che, sulla base dell'art. 9 comma 3 della Legge 40/2004, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.

Tutte le donatrici di ovociti devono essere informate esplicitamente dei rischi e degli effetti collaterali connessi con la stimolazione ovarica e recupero degli ovociti; questa consulenza deve essere documentata nel consenso medico informato.

I donatori devono essere liberi di revocare, in qualsiasi momento e senza alcuna spesa o pretesa economica, da parte del Centro di PMA che ha effettuato la raccolta e/o di quello che intendeva utilizzare i gameti, il consenso prestato per l'ulteriore impiego dei loro gameti.

Consenso informato della coppia che riceve la donazione

Oltre a tutte le informazioni previste per le analoghe tecniche di primo e secondo

livello di PMA, per tutti gli aspetti sovrapponibili delle tecniche omologhe ed eterologhe, e per le implicazioni legali della esecuzione delle tecniche stesse in ordine al ritiro del consenso informato e al riconoscimento della maternità e paternità del nato, la coppia ricevente le cellule riproduttive deve essere compiutamente informata sulla circostanza che risulta impossibile diagnosticare e valutare tutte le patologie genetiche di cui risultassero eventualmente affetti il donatore/donatrice con ogni effetto consequenziale in relazione alla eventuale imputazione della responsabilità. La coppia deve essere a conoscenza che il rischio di malattie e anomalie congenite nella prole risulta sovrapponibile a quello della popolazione generale. Particolare attenzione andrà posta agli aspetti psicologici, etici e sociali.

Numero di donazioni

Le cellule riproduttive di un medesimo donatore non potranno determinare più di dieci nascite. Tale limite può essere derogato esclusivamente nei casi in cui una coppia, che abbia già avuto un figlio tramite procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, intenda sottoporsi nuovamente a tale pratica utilizzando le cellule riproduttive del medesimo donatore. Il Centro PMA che utilizza i gameti dei donatori/donatrici deve registrare i dati della gravidanza ottenuta (positività beta-HCG, gravidanza clinica in evoluzione), la successiva nascita, eventuali aborti ed eventuali malformazioni del neonato. Qualora la gravidanza non dovesse portare alla nascita di un feto vivo, la procedura non va considerata tra le dieci nascite consentite.

Tracciabilità ed eventi avversi

I centri PMA garantiscono la tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dalla donazione all'eventuale nascita. Si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di donazione, approvvigionamento, controllo, lavorazione, conservazione, stoccaggio e distribuzione di tessuti e cellule umani.

I centri devono assicurare il mantenimento del livello più alto possibile di sicurezza nella manipolazione e nella conservazione dei gameti. La regolamentazione e le procedure di manipolazione e di conservazione dei gameti sono definite dalla normativa attualmente in vigore. Devono essere applicate nel laboratorio le appropriate procedure per il controllo di qualità.

I gameti devono essere raccolti presso il Centro che esegue la crioconservazione. Il centro PMA che pratica l'eterologa deve avere un archivio dedicato (cartaceo ed elettronico) dove verranno conservate le cartelle cliniche dei donatori e accessibile solo da personale sanitario autorizzato. Solo su motivata richiesta dell'Autorità Giudiziaria o dell'autorità di controllo (Regione/CNT), il Responsabile dell'Istituto di tessuti potrà fornire i dati utili per risalire al donatore. I records relativi a ciascun donatore (di screening e i risultati dei test) devono essere mantenuti per almeno 30 anni dall'utilizzo.

Nelle more della istituzione di un archivio centralizzato delle donazioni di gameti, che consenta di rilevare eventuali plurime donazioni dello stesso donatore in diverse sedi e di tenere sotto controllo il numero delle nascite ottenute, in modo che non superi quanto consentito, ed in attesa della normativa comunitaria prevista per il 2015 sulla codifica delle singole donazioni, in via transitoria è previsto che il donatore/donatrice deve mettere a disposizione di un solo centro i propri gameti e di tale prassi deve essere informato prima della donazione. Al fine di evitare che uno stesso donatore si rivolga a più banche, il donatore/donatrice deve dichiarare, sotto la propria responsabilità, di non aver effettuato donazioni in altri centri. Sarà quindi

compito del Centro stesso registrare le gravidanze ottenute con gameti del donatore in modo che non superino il numero consentito.

L'esito clinico di ogni ciclo di inseminazione deve essere registrato così come la segnalazione di qualsiasi evento avverso comprese le malattie ereditarie identificate in fase pre-natale o post-natale. Nel caso in cui una malattia ereditaria precedentemente non identificata si diagnostichi in un bambino nato da donazione anonima, il donatore e il ricevente dovrebbero essere testati e ulteriori campioni del donatore non dovrebbero essere donati. Se il donatore è risultato essere il portatore della malattia ereditaria, tutti i destinatari dei gameti donati devono essere messi al corrente. Devono essere conservati records dei donatori come fonte di dati medici per qualsiasi nato (obbligo di comunicazione al CNT e al Registro PMA di evento avverso).

Fattibilità e aspetti finanziari della fecondazione omologa ed eterologa

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.

Inoltre, 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 Regioni e Province Autonome mediante il riconoscimento delle prestazioni delle attività svolte da parte del SSN.

Per quanto riguarda i cicli di omologa, si propongono dei criteri di accesso a carico del SSN, che comprendono l'età della donna (fino al compimento del 43 anno) ed il numero di cicli che possono essere effettuati nelle strutture sanitarie pubbliche (massimo 3), e propone gli stessi criteri d'accesso anche per la PMA eterologa.

Molte Regioni hanno già recepito queste indicazioni nelle rispettive autonomie.

Per una puntuale analisi dei costi della PMA eterologa da utilizzare anche in questa fase transitoria, così come è stato per le tecniche di PMA omologa, è stato condiviso di coinvolgere in tempi ristretti esperti della materia per analizzare nel complesso tutti gli aspetti.

La possibilità di inserire anche la PMA eterologa nei LEA dovrebbe considerare i seguenti passaggi:

1. Valutazioni cliniche dei donatori
2. Indagini di screening per la selezione dei donatori
3. Test del seme e crioconservazione dei gameti
4. Eventuale rimborso per giornate di lavoro perdute dei/delle donatori/donatrici
5. Indagini cliniche e di screening nei riceventi e nei loro partner
6. Impiego farmacologico per l'induzione dell'ovulazione
7. Preparazione al transfer per la donna ricevente
8. Monitoraggio ecografico dell'ovulazione e prelievo degli ovociti.

La valutazione economica delle tecniche di fecondazione eterologa da questa fase in poi si identifica con le tecniche di PMA omologhe.

Fonte: www.olir.it

Corte costituzionale, sentenza 11 giugno 2014, n. 170

Artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso) – Sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi: scioglimento del matrimonio o cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio – Illegittimità nella parte in cui non consente, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata.

Abstract. Sono dichiarati costituzionalmente illegittimi gli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore; viene dichiarata, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (che ha sostituito l'art. 4 della legge n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 del medesimo d.lgs., ma che ne ripete, con minima ininfluyente variante lessicale, identicamente il contenuto), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

[OMISSIS]

Considerato in diritto

1. – Chiamata a decidere sulla questione, al centro del giudizio principale, relativa agli «effetti della pronuncia di rettificazione di sesso su un matrimonio preesistente, regolarmente contratto dal soggetto che ha inteso esercitare il diritto a cambiare identità di genere in corso di vincolo, nell'ipotesi in cui né il medesimo soggetto né il coniuge abbiano intenzione di sciogliere il rapporto coniugale», la Corte di cassazione dubita che la soluzione al riguardo imposta dall'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), non modificata dall'art. 7 della successiva legge 6 marzo 1987 n. 74 (Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio) e poi confermata dall'art. 31 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in

materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), non applicabile in causa *ratione temporis* – la soluzione, cioè, di collegare alla sentenza di rettificazione di sesso del coniuge l'effetto automatico di scioglimento del matrimonio – realizzi un bilanciamento adeguato tra l'interesse dello Stato a mantenere fermo il modello eterosessuale del matrimonio ed i contrapposti diritti maturati dai due coniugi nel contesto della precedente vita di coppia.

Il cosiddetto “divorzio imposto” – introdotto dalla normativa censurata (l'art. 4 ed il connesso art. 2 della legge n. 164 del 1982) – scontrerebbe, infatti, ad avviso della Corte rimettente, un deficit di tutela, risolvendosi nel sacrificio indiscriminato, in assenza di strumenti compensativi, «del diritto di autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; del diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri della stabilità e continuità propri del vincolo coniugale; del diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; del diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale».

Da qui, in particolare, il denunciato contrasto dell'art. 4 e, per quanto rileva, dell'art. 2 della legge n. 164 del 1982 con gli artt. 2, 3 e 29 Cost., e con gli artt. 8 e 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, evocati come norme interposte agli effetti della ulteriore violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. e la prospettazione del *vulnus* che si assume arrecato dagli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 all'art. 24 Cost.

2. – Con diffuse argomentazioni adesive alla motivazione dell'ordinanza di rinvio, la difesa dei ricorrenti ha chiesto dichiararsi l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge n. 164 del 1982 e, in via consequenziale, ex art. 27, legge n. 87 del 1953, dell'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011.

3. – Nel pervenire ad opposta conclusione di non fondatezza, sotto ogni profilo, della questione in esame, l'Avvocatura generale dello Stato ha richiamato, invece, in premessa, la non superabilità del “paradigma eterosessuale” del matrimonio, ribadito anche dalla sentenza di questa Corte n. 138 del 2010, e ne ha tratto il corollario che, in Italia, il matrimonio già celebrato tra due persone eterosessuali, una delle quali modifichi in costanza di rapporto, senza opposizione dell'altra, la propria identità di genere venga, per ciò stesso, a caducarsi per “inesistenza acquisita”.

Con l'ulteriore conseguenza – ad avviso, sempre di detta difesa – che «ciò a cui può aspirare il coniuge che cambia sesso in costanza di matrimonio è che, con il consenso del proprio compagno (o compagna) di vita, l'ordinamento riconosca il permanere del vincolo di comunanza affettiva con una adeguata e diversa tutela, che serva per l'appunto a non comprimere eccessivamente l'esercizio del diritto inviolabile all'auto-determinazione sessuale, ma non aspirare a conservare un istituto non più esistente».

4. – In via preliminare, deve essere confermata l'ordinanza, adottata nel corso dell'udienza pubblica ed allegata alla presente sentenza, con la quale è stato dichiarato inammissibile l'intervento dell'Avvocatura per i diritti LGBTI.

5. – La questione è fondata, nei termini e limiti di cui appresso.

5.1. – La situazione (sul piano fattuale innegabilmente infrequente, ma che, nella vicenda al centro del giudizio principale, si è comunque verificata) di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, intendano non interrompere la loro vita di coppia, si pone, evidentemente, fuori dal

modello del matrimonio – che, con il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità, non può proseguire come tale – ma non è neppure semplicisticamente equiparabile ad una unione di soggetti dello stesso sesso, poiché ciò equivarrebbe a cancellare, sul piano giuridico, un pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale, che, seppur non più declinabili all'interno del modello matrimoniale, non sono, per ciò solo, tutti necessariamente sacrificabili.

5.2. – Il parametro costituzionale di riferimento per una corretta valutazione della peculiare fattispecie in esame – in relazione ai prospettati quesiti sulla legittimità della disciplina, correttamente individuata dalla Corte di cassazione negli artt. 2 e 4 della Legge n. 164 del 1982, che la risolvono in termini di divorzio automatico – non è dunque quello dell'art. 29 Cost. invocato in via principale dallo stesso collegio rimettente, poiché, come già sottolineato da questa Corte, la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso» (sentenza n. 138 del 2010).

Il che comporta che anche a colui (o colei) che cambia il proprio sesso non resta impedito di formare una famiglia, contraendo nuovo matrimonio con persona di sesso diverso da quello da lui (o lei) acquisito per rettifica.

5.3. – Non pertinente è anche il riferimento agli artt. 8 (sul diritto al rispetto della vita familiare) e 12 (sul diritto di sposarsi e formare una famiglia) della CEDU, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (H. contro Finlandia – decisione del 13 novembre 2012; Schalk and Kopf contro Austria – decisione del 22 novembre 2010), invocati come norme interposte, ai sensi della denunciata violazione degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost. E ciò perché, in assenza di un consenso tra i vari Stati nazionali sul tema delle unioni omosessuali, la Corte EDU, sul presupposto del margine di apprezzamento conseguentemente loro riconosciuto, afferma essere riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie di soggetti appartenenti al medesimo sesso.

La stessa sentenza della Corte EDU Schalk and Kopf contro Austria, citata nell'ordinanza di rimessione, nel ritenere possibile una interpretazione estensiva dell'art. 12 della CEDU nel senso della riferibilità del diritto di contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali, chiarisce come non derivi da una siffatta interpretazione una norma impositiva, di una tale estensione, per gli Stati membri.

5.4. – Neppure sussiste, nei termini della sua prospettazione, il contrasto della normativa denunciata con i precetti di cui agli artt. 24 e 3 Cost.

Quanto al primo parametro, perché non essendo, per quanto detto, configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio, non ne è, di conseguenza, ipotizzabile alcun *vulnus* sul piano della difesa.

E quanto al parametro dell'art. 3 Cost., poiché la diversità della peculiare fattispecie di scioglimento a causa di mutamento del sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustifica la differente disciplina.

5.5. – Pertinente, è invece, il riferimento al precetto dell'art. 2 Cost.

Al riguardo questa Corte ha già avuto modo di affermare, nella richiamata sentenza n. 138 del 2010, che nella nozione di “formazione sociale” – nel quadro della quale l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – «è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei

limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

In quella stessa sentenza è stato, però, anche precisato doversi «escludere [...] che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio», come confermato, del resto, dalla diversità delle scelte operate dai Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette.

Dal che la conclusione, per un verso, che «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette», e, per altro verso, che resta, però, comunque, «riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni», nel quadro di un controllo di ragionevolezza della rispettiva disciplina.

5.6. – Sulla linea dei principi enunciati nella riferita sentenza, è innegabile che la condizione dei coniugi che intendano proseguire nella loro vita di coppia, pur dopo la modifica dei caratteri sessuali di uno di essi, con conseguente rettificazione anagrafica, sia riconducibile a quella categoria di situazioni “specifiche” e “particolari” di coppie dello stesso sesso, con riguardo alle quali ricorrono i presupposti per un intervento di questa Corte per il profilo, appunto, di un controllo di adeguatezza e proporzionalità della disciplina adottata dal legislatore.

La fattispecie peculiare che viene qui in considerazione coinvolge, infatti, da un lato, l'interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) e, dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere (in tal ultimo senso si sono indirizzate le pronunce della Corte costituzionale austriaca – VerfG 8 giugno 2006, n. 17849 – e della Corte costituzionale tedesca BVerfG, 1, Senato, ord. 27 maggio 2008, BvL 10/05) .

La normativa – della cui legittimità dubita la Corte rimettente – risolve un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statutale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio, restando chiusa ad ogni qualsiasi, pur possibile, forma di suo bilanciamento con gli interessi della coppia, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come «forma di comunità», connotata dalla «stabile convivenza tra due persone», «idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione» (sentenza n. 138 del 2010).

Sta in ciò, dunque, la ragione del *vulnus* che, per il profilo in esame, le disposizioni sottoposte al vaglio di costituzionalità arrecano al precepto dell'art. 2 Cost.

Tuttavia, non ne è possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost. Sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminazione. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la

rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti.

5.7. – Va, pertanto, dichiarata – in accoglimento, per quanto di ragione, delle sollevate questioni – l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982 n. 164, con riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che comporta lo scioglimento del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, la cui disciplina rimane demandata alla discrezionalità di scelta del legislatore.

5.8. – Negli stessi termini, la dichiarazione di illegittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, n. 87, va estesa all'art. 31, comma 6, del d.lgs. n. 150 del 2011, che ha sostituito l'art. 4 della legge n. 164 del 1982, abrogato dall'art. 36 del medesimo d.lgs., ma che ne ripete, con minima ininfluyente variante lessicale, identicamente il contenuto.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore;

2) dichiara, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

[OMISSIS]

ALLEGATO:
ORDINANZA EMESSA ALL'UDIENZA DEL 10 GIUGNO 2014
ORDINANZA

Visti gli atti relativi al giudizio di legittimità costituzionale, introdotto con ordinanza della Prima sezione civile della Corte di cassazione, depositato il 6 giugno 2013 (n. 214 del registro ordinanze 2013).

Rilevato che in tale giudizio è intervenuta l'Avvocatura per i diritti LGBTI (Associazione nazionale di promozione sociale iscritta a n. 116, sezione F, del

registro delle APS presso la Provincia di Bergamo), in persona del Presidente e legale rappresentante p.t., con atto depositato il 4 novembre 2013;

che detta Associazione non è stata parte nel giudizio a quo;

che la costante giurisprudenza di questa Corte (tra le tante, cfr. le ordinanze allegate alle sentenze n. 237 e n. 82 del 2013, n. 272 del 2012, n. 349 del 2007, n. 279 del 2006 e n. 291 del 2001) è nel senso che la partecipazione al giudizio di legittimità costituzionale è circoscritta, di norma, alle parti del giudizio a quo, oltre che al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale (artt. 3 e 4 delle norme integrative per i giudizi dinanzi alla Corte costituzionale);

che a tale disciplina è possibile derogare - senza venire in contrasto con il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità - soltanto a favore di soggetti terzi che siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura;

che, pertanto, l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente non deve derivare, come per tutte le altre situazioni sostanziali governate dalla legge denunciata, dalla pronuncia della Corte sulla legittimità costituzionale della legge stessa, ma dall'immediato effetto che la pronuncia della Corte produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo;

che pertanto - essendo l'Avvocatura per i diritti LGBTI titolare non già di un interesse direttamente riconducibile all'oggetto del giudizio principale, sibbene di un mero indiretto, e più generale, interesse, connesso al suo scopo statutario, a diffondere la cultura e il rispetto dei diritti delle persone omosessuali, bisessuali, transessuali e intersessuali - il suo intervento, in questo giudizio, deve essere dichiarato inammissibile.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibile l'intervento dell'Avvocatura per i diritti LGBTI.

Fonte: www.cortecostituzionale.it

Corte europea dei diritti dell'uomo - Seconda sezione
Durisotto c. Italia
Sentenza del 28 maggio 2014 (ric. n. 62804/13)

Art. 2 CEDU (Diritto alla vita) – Art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) in combinato disposto con l'art. 14 CEDU (Divieto di discriminazione) - Mancata autorizzazione all'accesso ad una terapia sperimentale «Stamina» - Motivazione non arbitraria né discriminatoria: irricevibilità per manifesta infondatezza.

Abstract. In its decision in the case of Durisotto v. Italy (application no. 62804/13) the European Court of Human Rights has by a majority declared the application inadmissible.

The case concerned the refusal by the courts to authorise the applicant's daughter to undergo compassionate therapy (experimental treatment known as the "Stamina" method) to treat her degenerative cerebral illness. The therapy was undergoing clinical trials and, under a legislative decree, was subjected to restrictive access criteria.

The Court held that the prohibition on access to this therapy, imposed by the court in application of legislative decree no. 24/2013, pursued the legitimate aim of protecting health and was proportionate to that aim. Sufficient reasons had been given for the court's decision, and it had not been arbitrary. Indeed, the therapeutic value of the "Stamina" method had, to date, not yet been proven scientifically. Nor could the Court conclude that the justice system's refusal to grant her permission had been discriminatory.

Fonte: www.olir.it

Corte europea dei diritti dell'uomo (Grand Chamber)
Case of Gross v. Switzerland
Sentenza del 30 Settembre 2014 (ricorso n. 67810/10)

Diritti fondamentali – Bioetica – Dignità umana – Libertà di coscienza – Trattamenti sanitari – Pazienti – Malati – Eutanasia – Suicidio assistito.

[OMISSIS]

THE FACTS

THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

9. The applicant was born in 1931 and died on 10 November 2011.

10. For many years the applicant had expressed the wish to end her life. She explained that she was becoming increasingly frail as time passed and was unwilling to continue suffering the decline of her physical and mental faculties. She decided that she wished to end her life by taking a lethal dose of sodium pentobarbital. She contacted an assisted-suicide association – EXIT – for support, which replied that it would be difficult to find a medical practitioner who would be ready to provide her with a medical prescription for the lethal drug.

11. On 20 October 2008 a psychiatrist, Dr T., submitted an expert opinion in which he observed that there was no doubt that the applicant was able to form her own judgment. From a psychiatric medical point of view, Dr T. did not have any objection to the applicant being prescribed a lethal dose of sodium pentobarbital. However, he refrained from issuing the prescription himself on the grounds that he did not want to confuse the roles of medical expert and treating physician.

12. By letters of 5 November 2008, 1 December 2008 and 4 May 2009 the applicant's representative submitted on her behalf a request to be given a prescription for sodium pentobarbital to three further medical practitioners, who all declined to issue the requested prescription.

13. On 16 December 2008 the applicant submitted a request to the Health Board of the Canton of Zurich to be provided with 15 grams of sodium pentobarbital in order for her to commit suicide. On 29 April 2009 the Health Board rejected the applicant's request.

14. On 29 May 2009 the applicant lodged an appeal with the Administrative Court of the Canton of Zurich. On 22 October 2009 the Administrative Court dismissed the appeal. The Administrative Court considered, in particular, that the prerequisite of a medical prescription for obtaining a lethal dose of sodium pentobarbital was in accordance with Article 8 of the Convention. The requirement to obtain a medical prescription served the aim of preventing premature decisions and guaranteed that the intended action was medically justified. It further ensured that the decision was based

on a deliberate exercise of the free will of the person concerned. The Administrative Court observed that Dr T., in his expert opinion, had not considered whether the applicant was suffering from any illness which would justify the assumption that the end of her life was near. The wish to die taken on its own, even if it was well considered, was not sufficient to justify the issuing of a medical prescription. Accordingly, the content of the case file did not demonstrate that the necessary prerequisites for issuing a medical prescription had been fulfilled in the instant case. There was therefore a need for further medical examination. Under these circumstances, the Administrative Court considered that there was no sufficient reason to dispense the applicant from the necessity of a thorough medical examination and of a medical prescription.

15. On 12 April 2010 the Federal Supreme Court dismissed an appeal lodged by the applicant. It observed, *inter alia*, that the applicant undisputedly did not fulfil the prerequisites laid down in the medical ethics guidelines on the care of patients at the end of life adopted by the Swiss Academy of Medical Sciences, as she was not suffering from a terminal illness, but had expressed her wish to die because of her advanced age and increasing frailty. Even though the Federal Supreme Court had previously considered that the issuing of a medical prescription for sodium pentobarbital to a person suffering from an incurable, persistent and serious psychological illness did not necessarily amount to a violation of a doctor's professional duties, this exception had to be handled with "utmost restraint" and did not enjoin the medical profession or the State to provide the applicant with the requested dose of sodium pentobarbital to put an end to her life. The Federal Supreme Court further noted that the issuing of the requested substance required a thorough medical examination and, with respect to the persistence of the wish to die, long-term medical supervision by a specialist practitioner who was ready to issue the necessary prescription. This requirement could not be circumvented by the applicant's request for an exemption from the necessity of obtaining a medical prescription.

16. On 10 November 2010 counsel for the applicant lodged an application with the Court.

17. On 24 October 2011 the applicant obtained a medical prescription for 15 grams of sodium pentobarbital signed by a medical practitioner, Dr U. On 10 November 2011 she ended her life by imbibing the prescribed substance. According to a police report dated 14 November 2011, no relatives of the deceased could be identified. The report concluded that the applicant had committed suicide with the assistance of EXIT and that no third person was found to be criminally liable in this context.

18. The Court was not made aware of the applicant's death until 7 January 2014 (see paragraph 19 below).

THE LAW

THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTION

A. The Government's submissions to the Grand Chamber

19. In their memorial to the Court of 7 January 2014, the Government stated that when preparing their memorial they had taken the precaution of enquiring about the applicant's situation at the municipality where she lived and had found out that she had died on 10 November 2011. Thus, by the time the Chamber had adopted its judgment in this case, she had been dead for approximately one and a half years. Relying on the Court's decision in the case of *Predescu v. Romania*, (no. 21447/03, §

25, 2 December 2008), they requested the Court to declare the application inadmissible on the ground of abuse of the right of petition, in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

20. The Government submitted that counsel had not only failed to inform the Court of the applicant's death – which he should have done at the latest when the Court's Registry provided him with the statement of facts, assuming her to be alive – but had also misled the Court in his submissions by giving the impression that the applicant was still alive.

21. In the Government's view, the conduct of the deceased applicant's counsel had been such as to mislead the Court as regards an essential aspect for its examination of the application.

B. Counsel for the applicant's submissions to the Grand Chamber

22. Counsel responded that he had not had any personal contact with his client since January 2010 and had only become aware of her death on 9 January 2014, when he had received a copy of the Government's memorial of 7 January 2014.

23. Counsel explained that the applicant had expressed her wish that counsel should send any further correspondence to Mr F., a retired pastor who also voluntarily worked for the assisted-suicide association EXIT. The reason for this arrangement was, *inter alia*, that receiving letters from her counsel directly had caused her stress and that she therefore needed assistance from a person of trust. Thus, after her appeal to the Federal Supreme Court in January 2010, it had been agreed that Mr F. would bring any communications to her personally and explain them to her. Counsel submitted that he had complied with those instructions.

24. Upon receipt of the Government's submissions on 9 January 2014, counsel had immediately contacted Mr F., who had explained to him that he had refrained from notifying him of the applicant's death at the applicant's express request because she feared that the ongoing proceedings would otherwise be discontinued. In the summer of 2011, when it had become clear that the applicant would end her life, she had informed Mr F. that counsel had told her that if she died during the proceedings the case would be at an end, and that she did not want this to happen as she wanted "to open the way for other people in her situation". Mr F. had taken the view that a spiritual adviser's professional duty did not permit disclosure against the applicant's express wishes. Counsel for the applicant further stated that he found it extremely regrettable that Mr F. had not informed him immediately of the applicant's death, as counsel would have duly informed the Court and would have made an application for the proceedings to be continued nevertheless.

25. Relying on the Court's case-law in previous cases where an applicant had died or had expressed the wish to withdraw his or her complaint during the proceedings before the Commission or the Court (counsel referred to the Court's judgments in the cases of *Scherer v. Switzerland*, 25 March 1994, Series A no. 287 and *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, § 21, Series A no. 26), he argued that upon lodging an application with the Convention institutions the latter became master of the proceedings. It was thus for the Court to decide whether the proceedings in a given case should be continued. The decisive factor in that regard was whether, in the Court's view, the case raised general questions of public interest necessitating further examination.

26. In the instant case counsel for the applicant invited the Court to continue the proceedings on the grounds that the case raised substantive questions regarding

compliance with the Convention which necessitated further examination in the public interest. “Euthanasia” was a contentious and much-debated issue in many European countries. Cases of this nature were generally brought by persons who were elderly and/or ill. If proceedings were to be systematically abandoned when such a person died, the questions raised by such cases could never be decided by the Court.

C. The Court’s assessment

27. Article 35 § 3(a) of the Convention provides:

“The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that:

(a) the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of individual application;...”

28. The Court reiterates that under this provision an application may be rejected as an abuse of the right of individual application if, among other reasons, it was knowingly based on untrue facts (see *Akdivar and Others v. Turkey* [GC], 16 September 1996, §§ 53-54, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV; *Varbanov v. Bulgaria*, no. 31365/96, § 36, ECHR 2000-X; *Rehak v. Czech Republic* (dec.), no. 67208/01, 18 May 2004; *Popov v. Moldova* (no. 1), no. 74153/01, § 48, 18 January 2005; *Kérétchachvili v. Georgia* (dec.), no. 5667/02, 2 May 2006; *Miroľubovs and Others v. Latvia*, no. 798/05, § 63, 15 September 2009; and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, § 97, ECHR 2012). The submission of incomplete and thus misleading information may also amount to an abuse of the right of application, especially if the information concerns the very core of the case and no sufficient explanation has been provided for the failure to disclose that information (see *Hüttner v. Germany* (dec.), no. 23130/04, 9 June 2006; *Predescu v. Romania*, no. 21447/03, §§ 25-26, 2 December 2008; and *Kowal v. Poland* (dec.), no. 2912/11, 18 September 2012). The same applies if new, important developments have occurred during the proceedings before the Court and where, despite being expressly required to do so by Rule 47 § 7 (former Rule 47 § 6) of the Rules of Court, the applicant has failed to disclose that information to the Court, thereby preventing it from ruling on the case in full knowledge of the facts (see *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, *ibid.*, and *Miroľubovs and Others*, *ibid.*). However, even in such cases, the applicant’s intention to mislead the Court must always be established with sufficient certainty (see *Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, § 9, 20 June 2002; *Melnik v. Ukraine*, no. 72286/01, §§ 58-60, 28 March 2006; *Nold v. Germany*, no. 27250/02, § 87, 29 June 2006; and *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, *ibid.*).

29. Turning to the circumstances of the instant case, the Court notes at the outset that in her application lodged with the Court on 10 November 2010 the applicant complained, relying on Article 8 of the Convention, that the Swiss authorities, by depriving her of the possibility of obtaining a lethal dose of sodium pentobarbital, had violated her right to decide by what means and at what point her life would end. It further observes that on 5 January 2012 her application was communicated to the respondent Government and that on 14 May 2013 the Chamber delivered a judgment in which it held (by four votes to three) that there had been a violation of Article 8 of the Convention, a finding which was based on the assumption that the applicant was still alive (see paragraphs 65-67 of the Chamber judgment).

30. However, it was later revealed that in the meantime, on 24 October 2011, the applicant had obtained a medical prescription for a lethal dose of sodium pentobarbital and that on 10 November 2011 she had ended her life by imbibing the prescribed substance.

31. This development was not brought to the Court's attention by the applicant or her counsel but by the Government, in their memorial of 7 January 2014, after the case had been referred to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention. When preparing their memorial, the Government had enquired about the applicant's situation and had found out about the fact and the circumstances of her death.

32. The Court has taken note of the explanation submitted in reply by counsel for the applicant that he had been unaware of his client's death because he had only had contact with her via an intermediary, Mr. F., who – at her request – had purposely refrained from notifying counsel of her death. According to Mr F., this was because of her fear that the disclosure of such a fact might prompt the Court to discontinue the proceedings in her case. As her spiritual adviser he had considered himself bound by a professional duty of confidentiality preventing him from disclosing that information against her wishes.

33. However, in the Court's view, and bearing in mind the particular nature of the present case, the fact that counsel for the applicant had no direct contact with his client but agreed to communicate with her indirectly through an intermediary gives rise to a number of concerns regarding his role as a legal representative in the proceedings before it. In addition to the duties of an applicant to cooperate with the Court (see Rule 44A of the Rules of Court; see also Rule 44C on "Failure to participate effectively", including the possibility of drawing inferences from the failure of a party "to divulge relevant information of its own motion") and to keep it informed of all circumstances relevant to his or her application (see Rule 47 § 7, former Rule 47 § 6), a representative bears a particular responsibility not to make misleading submissions (see Rule 44D).

34. It transpires from her counsel's explanation that the applicant had not only failed to inform him, and by implication the Court, of the fact that she had obtained the required medical prescription, but had also taken special precautions to prevent information about her death from being disclosed to counsel and eventually to the Court in order to stop the latter discontinuing the proceedings in her case.

35. Against this background, the Grand Chamber considers that the fact and the circumstances of the applicant's death did indeed concern the very core of the matter underlying her complaint under the Convention. It is also conceivable that had these facts been known to the Chamber they might have had a decisive influence on its judgment of 14 May 2013 concluding that there had been a violation of Article 8 of the Convention (see, *mutatis mutandis*, Rule 80 of the Rules of Court; *Pardo v. France* (revision – admissibility), 10 July 1996, §§ 21-22, *Reports* 1996-III; *Pardo v. France* (revision – merits), 29 April 1997, § 23, *Reports* 1997-III; and *Gustafsson v. Sweden* (revision – merits), 30 July 1998, § 27, *Reports* 1998-V). However, there is no need for the Grand Chamber to speculate on this since in any event, in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the Chamber's judgment of 14 May 2013 has not become final.

36. According to Mr. F., the applicant's motive for withholding the relevant information had been that, regardless of the fact that the ongoing grievance arising from her own personal situation had ceased, the proceedings in her case should

continue for the benefit of other people who were in a similar situation. Whilst such a motive may be understandable from the applicant's perspective in the exceptional situation in which she found herself, the Court finds it sufficiently established that by deliberately omitting to disclose that information to her counsel the applicant intended to mislead the Court on a matter concerning the very core of her complaint under the Convention.

37. Accordingly, the Court upholds the Government's preliminary objection that the applicant's conduct constituted an abuse of the right of application within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

Holds, by nine votes to eight, that by reason of the applicant's abuse of the right of application within the meaning of Article 35 § 3(a) of the Convention, the application is inadmissible.

[OMISSIS]

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Judge Silvis;
- (b) joint dissenting opinion of Judges Spielmann, Ziemele, Berro-Lefèvre, Zupančič, Hajiyev, Tsotsoria, Sicilianos and Keller.

CONCURRING OPINION OF JUDGE SILVIS

The applicant ended her life by imbibing a lethal dose of sodium pentobarbital on medical prescription while a complaint concerning the denial of her right to obtain such a prescription was pending before the Court. Without having been informed about the change of circumstances, including her death, the Chamber dealt with the case and found a violation of Article 8 of the Convention, on account of a lack of clarity in Swiss law, one and a half years after the applicant had died. However, the Chamber's judgment never became final since the case was referred to the Grand Chamber. It was only after that referral that the Court was notified that the applicant had already obtained the lethal drugs and had subsequently died. Counsel for the applicant had not informed the Court of this, explaining that he had not even been aware of the change in circumstances of his client. I voted in favour of declaring the application inadmissible on grounds of abuse of the right of petition. To my mind, the alternative of just striking the case out would not have sufficiently underlined the importance of keeping the Court fully informed of new circumstances concerning the core of a complaint.

I would have preferred the Grand Chamber not to establish that the applicant had herself deliberately misled the Court. To my mind, there was no need to establish with "sufficient certainty" the applicant's personal intentions, assuming – implicitly – that she herself was fully aware of the requirements of the Rules of Court. It is preferable for the Court not to enter into the particular way clients and their professional representatives before the Court communicate with each other, as it is clearly set out in Rule 44C of the Rules of Court that they must participate effectively. Knowledge of the client's circumstances could therefore legitimately be imputed to her counsel.

As a professional, acting on behalf of his client, counsel bears the responsibility of disclosing relevant new information (Rule 47 § 6 until 6 May 2013, now 47 § 7). When this responsibility is not adequately assumed, without sufficient explanation, and the new information in question concerns the core of the complaint, then I would think that the conclusion that there has been an abuse of the right of petition should inevitably follow (see *Hüttner v. Germany* (dec.), no. 23130/04, 9 June 2006; *Predescu v. Romania*, no. 21447/03, §§ 25-26, 2 December 2008; and *Kowal v. Poland* (dec.), no. 2912/11, 18 September 2012).

Why did the Court seek to establish whether the applicant herself had deliberately misled the Court? This appears to be a consequence of the Court's earlier case-law restricting findings of an abuse of the right of petition to cases where there has been an underlying intention on the part of an applicant to mislead. By thus setting the threshold for finding an abuse of the right of petition unnecessarily high in my view, even in an extraordinary case like this, the Grand Chamber has forced itself to undertake the rather speculative exercise of establishing with "sufficient certainty" her state of mind and, implicitly, her procedural legal awareness.

In *Nold v. Germany* (no. 27250/02, § 87, 29 June 2006) the applicant's intention to knowingly mislead the Court was not yet a necessary condition for finding an abuse of the right of application, since that condition was still subject to exceptions in extraordinary case as in earlier jurisprudence. In the case of *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* ([GC], no. 38433/09, § 97, ECHR 2012) the Grand Chamber recently found that withholding information could amount to abuse of the right of petition, but that "even in such cases" the applicant's intention to mislead the Court must always be established with sufficient certainty. It seems, as has been confirmed in the present judgment, that the Grand Chamber has closed the door to the possibility of reaching a finding of abuse of the right of petition in extraordinary cases without explicitly establishing "with sufficient certainty" that the applicant intended to mislead the Court. I regret this restriction and would have favoured a change in the opposite direction since rules of procedural "hygiene" are weakened when made exclusively dependent on subjective motives as opposed to objectively verifiable reasons.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES SPIELMANN, ZIEMELE, BERRO-LEFÈVRE, ZUPANČIČ, HAJIYEV, TSOTSORIA, SICILIANOS, AND KELLER

1. While we agree that the Court cannot condone the behaviour of the applicant's representatives in this case, we are unable to share the view of the majority of the Grand Chamber that the present application is inadmissible under Article 35 § 3 (a) of the Convention on account of an abuse of the right of individual application. Unlike the majority, we consider that the threshold required for a finding of abuse of the right of individual petition has not been reached.

2. The Court's case-law on the abuse of rights is clear. Applications can only be regarded as an abuse of the right of individual application in exceptional circumstances. The Court has, for instance, held that "except in extraordinary cases, an application may only be rejected as abusive if it was knowingly based on untrue facts" (see *Knyazev v. Russia*, no. 25948/05, § 79, 8 November 2007, and *Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, § 117, 22 December 2008,).

3. In the present case, it is necessary to determine whether the behaviour of the applicant's lawyer, of Mr F., or of the applicant herself is decisive.

4. In a previous case the Court found that counsel's negligent lack of awareness of the commutation of their client's life sentence and their failure to inform the Court once they learned of this fact constituted abuse of the right of individual petition (see *Bekauri v. Georgia* (preliminary objection), no. 14102/02, §§ 23-25, 10 April 2012). In another case, in which a supposed applicant had already died at the time of the submission of his application to the Court, and his signature on the application form had in fact been forged by his wife, the Court found that the forgery and the deliberate concealment of the applicant's death constituted an abuse of the right of individual petition and that the application should accordingly be rejected pursuant to Article 35 § 3. In that judgment, however, the Court held that "an application may only be rejected as abusive within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention in extraordinary circumstances, such as if an application was deliberately grounded on a description of facts omitting or distorting events of central importance" (see *Andrianova and Others v. Ukraine*, no. 10319/04, § 9, 12 December 2013). However, the circumstances of the present case do not indicate any intent to mislead the Court on the part of the applicant's counsel, who – at the applicant's request – had no direct contact with his client.

5. Second, we note that, according to the Court's case-law, a finding of abuse of the right of individual petition is only possible if an applicant intentionally misled the Court, "especially if the information concerns the very core of the case and no sufficient explanation is given for the failure to disclose that information" (see *A.L. v. Poland*, no. 28609/08, § 47, 18 February 2014, with references). We consider that this intent must be established with a sufficient degree of certainty (see *Mirolubovs v. Latvia*, no. 798/05, § 63, 15 September 2009) and, at least to a certain degree, be attributable to the individual applicant in a given case (see, by contrast, *Bekauri v. Georgia*, cited above, §§ 21-25). In order to penalise an abuse of process by an applicant's representatives, the Court can use a tool more closely tailored to such situations by banning them from representing future applicants (Rule 36 § 4 (b) of the Rules of Court; see also *Petrović v. Serbia and 10 other applications*, no. 56551/11, decision of 18 October 2011).

6. The majority accepted that the necessary intent was present owing to the fact that the applicant's intermediary, Mr F., "purposely refrained" from informing the applicant's counsel of her death (see paragraph 32 of the judgment). The majority also expressed concern about the fact that the applicant's counsel had failed to maintain direct contact with her (see paragraph 33 of the judgment). However, the decisive factor here should not be the intent of the applicant's representatives. Whatever their role in concealing the applicant's death from the Court, this cannot be attributed to the applicant.

7. Furthermore, we draw attention to the pejorative nature of the majority's finding. The inadmissibility of an application due to the abuse of the right of individual petition carries a certain stigma. Ms Gross, deceased, was unable to submit her own views regarding the majority's assessment and her memory is now burdened with the stigmatizing effect of the present judgment.

8. Lastly, we are mindful of the fact that the qualification "abuse of rights" is reserved for cases which cause the Court to "waste its efforts on matters obviously outside the scope of its real mission, which is to ensure the observance of the solemn, Convention-related, engagements undertaken by the States Parties" (see *Petrović*, cited above). In the present context, we note that the number of assisted suicides is high and unlikely to abate in the near future. In the case of Switzerland, for exam-

ple, the number of foreign residents who travel to the country to seek assistance in taking their own lives is not negligible. Accordingly, we do not consider the Court's efforts to have been wasted: the issue of assisted suicide is likely to engender future applications to the Court and thus certainly merits examination. We observe that there is undoubtedly a European dimension to this issue: travel to Switzerland by people wishing to end their lives, for the purpose of availing themselves of the services of assisted-suicide organisations, has triggered heated discussions in various Contracting States¹.

9. In our view, the Court should have expressed serious doubts as to the question whether the applicant intended to mislead the Court, but should have ultimately left this issue open as the application could have been struck out under Article 37 § 1 (c) of the Convention. The applicant passed away without leaving any heirs or descendants. Under the specific circumstances of the case, the Court should have decided that it was no longer justified to continue its examination within the meaning of Article 37 § 1 (c), without qualifying Ms Gross's behaviour as an abuse of rights.

Fonte: www.echr.coe.int

¹ See, for example, the debate in the United Kingdom surrounding the draft Assisted Dying Bill [HL] 2014-15, which is currently before the House of Lords.

Corte europea dei diritti dell'uomo
Case of Church of scientology of St Petersburg and others
v. Russia
Sentenza del 2 Ottobre 2014 (ric. n. 47191/06)

Nuovi movimenti religiosi – Scientology – Libertà di riunione e di associazione – Registrazione delle confessioni religiose – Libertà religiosa.

[OMISSIS]

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 47191/06) against the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by the Church of Scientology of St Petersburg and six Russian nationals whose names are set out below (“the applicants”), on 17 November 2006.

2. [OMISSIS]

3. The applicants complained about the arbitrary denial of legal-entity status to their Scientology group.

4. On 26 January 2011 the application was communicated to the Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. [omissis]

6. In 1984, a first group of Scientologists appeared in St Petersburg under the leadership of Mr M. Goldberg. By the end of the 1980s it had split into two smaller groups, one of which was led by the second applicant.

7. On 23 March 1995 the second applicant, together with nine other founder members of the “Church of the Scientology Mission in St Petersburg”, applied for registration of their group. Having received no response for more than two years, the second applicant pressed the authorities for an explanation. The St Petersburg Justice Department replied that their application had been sent to the State Duma’s Expert Consultative Council for an opinion by an expert in legal and religious studies but had received no response, and it had been decided to “leave the application unconsidered”.

8. On 7 February 2002 the individual applicants, together with other fellow believers, submitted a new application for registration of the applicant group as a local religious organisation. The municipal council of municipal circuit no. 20 of St Petersburg provided the applicants with a letter which stated:

“In accordance with section 11 (5) of the Religions Act and on the basis of the application and documents provided, the municipal council ... confirms that the religious group of Scientologists has existed in St Petersburg since 1984.”

9. On 6 March 2002 the St Petersburg Justice Department refused the application, citing three technical grounds relating to the application documentation. On 7 March 2002 the applicants corrected these defects and resubmitted the application.

10. On 3 April 2002 the Justice Department notified the applicants that it had extended the period for consideration of the application because of the “necessity of conducting a State expert religious study”.

11. On 11 September 2002 the Justice Department issued a formal refusal of the resubmitted application. The refusal made no reference to any religious study but instead cited eight different technical grounds and asserted that the confirmation of the applicant group’s existence in St Petersburg for at least fifteen years was “unreliable”, without giving further details.

12. On 24 October 2002 the applicants resubmitted a corrected application which was refused on 22 November 2002, referring to the eight new technical grounds and the “unreliability” of the group’s existence for fifteen years. It also stated that an unspecified expert religious study had concluded that the applicant group was non-religious in nature.

13. On 19 December 2002 the second applicant asked the Justice Department to explain the basis for its claim regarding the “unreliability” of the group’s existence and to provide her with a copy of the religious study. In a letter of 8 January 2003, the Justice Department declined to give any clarification, referring to its discretionary power to refuse applications.

14. The third applicant complained to the Ombudsman about the Justice Department’s actions. In response to a subsequent enquiry from the Ombudsman’s office, the Justice Department supplied a copy of the religious study, dated 19 November 2002 and authored by Mr I., an academic secretary at the State Museum of the History of Religion in St Petersburg.

15. On 11 February 2003 the Ombudsman notified the head of the Justice Department that the religious study had breached the established procedure for conducting religious studies, as approved by Government Regulation no. 565. The study had not been approved by majority vote of the panel of experts duly appointed under the terms of the Regulation and therefore reflected nothing more than Mr I.’s personal opinion.

16. On 17 April and 14 August 2003 the applicants submitted a fifth and a sixth registration application, which were refused on 14 May and 8 September 2003 respectively. On each occasion, the Justice Department cited a number of new technical grounds that it had not relied upon in the previous refusal: it also referred to the expert religious study and the assertion that the confirmation of the applicant group’s existence for at least fifteen years had been “unreliable”.

17. Responding to a further request for clarification by the applicant Ms Shurinova, on 31 July 2003 the Justice Department stated that she did not have a right of access to the documents supporting the conclusion that the information purportedly confirming the existence of the religious group for fifteen years was unreliable, and that the law did not require it to provide any explanation as to the reasons for refusing State registration.

18. On 11 October 2003 the applicants challenged the Justice Department’s refusals in court. The first hearing on the merits was held on 21 September 2005, and further hearings were held on 1 November and 20 December 2005.

19. On the latter date the Oktyabrskiy District Court of St Petersburg gave judgment, holding that the refusal had been lawful. In respect of the Justice Department’s rejection of the confirmation letter, it stated:

“Having examined the letter of 16 February 2002 and the reply from the municipal council to the enquiry from the [Justice Department] concerning the documents that served as the basis for the letter, the court concludes that the applicants have not supplied evidence that there was only one religious group of Scientologists in St Petersburg that included the applicants and that the letter was given to their particular group. One cannot exclude the possibility that there were many groups practising this creed in St Petersburg and that the letter confirms the existence of one of the [other] groups of Scientologists, and not the religious group of Scientologists that decided to create the local religious organisation ‘Church of Scientology of St Petersburg’...

Even if any of the participants in the religious group that currently includes the applicants had studied Scientology in St Petersburg since 1984 and had participated in Scientologist rituals and ceremonies and in auditing, that does not prove that he or she did so within one and the same continuously operating, stable religious group that currently includes the applicants, as opposed to some other group that currently does or does not exist, and [later] ended up forming part of the applicants’ group.

In addition, the court takes into consideration the following.

The St Petersburg Law no. 111-35 of 23 June 1997 on Local Authorities, which establishes an exhaustive list of matters that come within the competence of municipal councils in St Petersburg (section 8), did not place the registration of religious organisation or the issuing of letters confirming the existence of a religious group in St Petersburg within the competence of municipal bodies.

There is no St Petersburg law that confers such powers upon municipal bodies.

On the basis of the above, it follows that the [municipal council] was not competent to issue such letters.

Furthermore, as can be seen from the municipal council’s reply ... to the court’s enquiry, the [municipal council] was formed on 8 February 1998 and registered by order no. 111 of 27 May 1998 of the Legislative Assembly of St Petersburg, so it cannot reliably confirm the existence of any religious group before its formation in 1998...”

20. As to the Justice Department’s reliance on Mr I.’s religious study, the court noted that at the time of the study’s preparation no expert panel had been appointed in St Petersburg under the terms of the Regulation, even though the Justice Department had “undertaken all possible measures” to comply with the Regulation. The court did not make any assessment of the legal significance of Mr I.’s religious study.

21. The applicants appealed.

22. On 24 May 2006 the St Petersburg City Court rejected their appeal, endorsing the first-instance court’s findings that the municipal council was not authorised by law to provide confirmation of the religious group’s existence or the claim that it had been one and the same group of Scientologists who had existed for fifteen years.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Religions Act

23. On 1 October 1997 the Federal Law on the Freedom of Conscience and Religious Associations (no. 125-FZ of 26 September 1997 – “the Religions Act”) entered into force.

24. A “religious association” is a generic term for any voluntary association of Russian nationals formed for the joint profession and dissemination of their creed

(section 6(1)). “Religious associations” may take the form of either “religious groups” or “religious organisations” (section 6(2)).

25. A “religious group” is a voluntary association of citizens for the profession and dissemination of faith, which carries out its activities without State registration and without obtaining legal personality (section 7(1)). In contrast to a religious group, a “religious organisation” is a voluntary association of Russian nationals and permanent residents of Russia formed for the profession and dissemination of faith and duly registered as a legal entity (section 8(1)).

26. The relevant part of section 7 provides:

“2. Citizens who form a religious group with the intention of further transforming it into a religious organisation shall inform the local administrative authority of creation thereof and the beginning of its activity ...”

27. The relevant part of section 11 provides:

“5. For State registration of a local religious organisation, the founders shall submit to the competent territorial division of the federal registration authority ...
... a document issued by a local administrative authority confirming the existence of the religious group on the given territory for a period no shorter than fifteen years ...”

B. State expert religious studies

28. Government Regulation no. 656 of 3 June 1998 on the procedure for State religious expert studies provides in particular:

“2. A State religious expert study (hereinafter – expert study) ... is conducted following a decision by the registration authority ... if it is necessary for the registration authority to carry out additional research into whether the organisation is recognised as being a religious one and in order to verify information concerning its fundamental religious teachings and its corresponding practice ...

4. Expert studies are conducted by expert panels that have been specifically set up for this purpose... by the executive branch of the Russian region...

10. The examination of a registration authority’s enquiry concerning a specific religious organisation shall, as a rule, be carried out in the presence of its authorised representative, who shall be invited in good time to attend the hearing before the expert panel...

11. Once the expert panel has carried out the study of the presented documents, it will adopt an expert opinion that contains reasoned findings concerning the possibility (or impossibility) of recognising the organisation as a religious one and the reliability of information concerning the fundamentals of its creed and practices. The expert opinion shall be deemed adopted if it has been approved by a majority of members of the expert panel.”

C. Municipal bodies’ authority to issue confirmation letters

29. Methodological recommendations on the application of certain provisions of the Religions Act by Justice Departments (a circular letter issued by the Ministry of Justice, no. 08-18-257-97 of 24 December 1997) stated:

“...2. What are the requirements for a document confirming the existence of a religious group for no less than fifteen years? What can serve as evidence of the accuracy of this period?”

The law does not specify any procedure for maintaining a list of religious groups with municipal bodies or the issuing of confirmations or the form thereof. In this connection it would be expedient to regulate this procedure in a legal act of the [relevant] region of the Russian Federation. As for evidence of the length of existence of the religious group, this should be provided to the municipal body by the group itself in the form of information about the State registration and local listing with the former Council for Religious Affairs under the USSR Council of Ministers, archive materials, court decisions, witness testimony and other forms of evidence.”

III. RELEVANT COMPARATIVE MATERIAL

30. In Latvia, the Law on Religious Organisations of 7 September 1995 provides that a religious organisation may be founded by no fewer than twenty adult Latvian nationals (section 7 (1)). The list of documents accompanying an application for registration of a congregation includes the articles of association, a list of founders, the minutes of the first meeting, and evidence of payment of a registration fee (section 9). A religious organisation acquires the status of a legal entity from the moment of registration (section 13 (1)).

31. In Romania, Law 489/2006 on the Freedom of Religion and the General Status of Denominations defines a religious association as a private-law legal entity made up of individuals who practice the same religion (section 6 (2)). A religious association obtains legal-entity status by registering with the Registry of Religious Associations upon production of the following documents: the articles of association, a declaration of faith, evidence of existence of a head office, consultative opinion from the Ministry of Culture and Religious Denominations, and evidence that the chosen name is available (sections 40 and 41). A religious denomination is a public-utility legal entity that is eligible for tax breaks and State subsidies; it acquires its status through a Government decree after having existed on Romanian territory, as a religious association, for at least twelve years and having a membership of Romanian nationals equal to at least 0.1% of the population (sections 8(1), 11, 12, 17 and 18).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 9 OF THE CONVENTION INTERPRETED IN THE LIGHT OF ARTICLE 11

32. The applicants complained under Articles 6, 9, 10, 11 and 14 of the Convention about the refusal to register the applicant group as a legal entity. The Court reiterates that, in the absence of a European consensus on the religious nature of Scientology teachings, and being mindful of the subsidiary nature of its role, it must rely on the position of the domestic authorities in the matter and determine the applicable Convention provision in the light of it (see *Kimlya and Others v. Russia*, nos. 76836/01 and 32782/03, § 79, ECHR 2009, and *Church of Scientology Moscow v. Russia*, no. 18147/02, § 64, 5 April 2007). The Court need not determine whether or not Scientology is a religion because it can defer to the judgment of the Russian authorities on that matter. In contrast to the *Kimlya* and *Church of Scientology Moscow* cases, in which the Russian authorities explicitly concurred regarding the religious nature of the applicant Scientology organisations, the religious study in the instant case concluded that the nature of the applicant group was non-religious. Alleged legal defects in the study, including the manner in which it had been prepared, were a matter of controversy in the domestic proceedings. What is decisive for the Court, however,

is that the reason for refusing the registration of the applicant group – which had ultimately been endorsed by the Russian courts – was the legal provision establishing a special fifteen-year waiting period that applies only to religious organisations. In these circumstances, the Court sees no need to distinguish the present case from the *Kimlya* case, which concerned the same reason for refusing registration. It therefore considers that the complaint must be examined from the standpoint of Article 9 of the Convention, interpreted in the light of Article 11 (see *Kimlya*, cited above, § 81). These provisions read:

Article 9. Freedom of thought, conscience and religion

“1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

Article 11. Freedom of assembly and association

“1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others ...

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. ...”

A. Admissibility

33. The Court notes that the complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. Submissions by the parties

34. The Government acknowledged that the refusal to register the applicant group constituted an interference with the applicants' right to freedom of religion. In their view, the interference was “prescribed by law” and all the refusals of registration had been based on the relevant legal provisions. The interference pursued a legitimate aim, namely that of protecting public order (they referred to *Kimlya*, cited above, § 97). The Government justified the interference as having been necessary in a democratic society for suppressing manifestations of religious discord (they referred to *Wingrove v. the United Kingdom*, 25 November 1996, § 58, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, and *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20 September 1994, § 50, Series A no. 295-A). They also claimed that similar waiting periods were provided for by the laws of some other Member States. According to their information, Austrian law set the waiting period at twenty years, Latvian law at twenty-five years, and Romania's Law no. 489 of 28 December 2006 provided that religious denominations, other than the eighteen listed in the law, may be recognised if they can prove their existence in the country for at least twelve years.

35. The applicants pointed out that the sole reason for the St Petersburg City Court's upholding the refusal to register the applicant group as a religious organisation had been the lack of a reliable document confirming its presence in St Petersburg for fifteen years. They contended that the refusal had not been "prescribed by law" because the law did not meet the standards of clarity and foreseeability required under the Convention. Referring to Article 132 of the Russian Constitution and sections 7(2) and 11(5) of the Religions Act, the applicants submitted that the law expressly authorised local authorities to issue letters confirming the length of a group's existence and that the courts' rejection of the confirmation letter on the basis of an alleged lack of authority was unreasonable. Furthermore, whereas the Religions Act required only formal presentation of a confirmation letter, the courts had rejected it as "unreliable" with reference to arbitrary criteria that were not prescribed by law and had imposed an unforeseeable and unattainable threshold.

36. The applicants further argued that the fifteen-year waiting period did not pursue any legitimate aim and that it was apparent from contemporary parliamentary records that the motivation behind the adoption of the Religions Act had been the desire to introduce a legislative regime that would discriminate against "foreign" minority religious groups in favour of "traditional" religions (the records are cited in *Kimlya*, § 50). The Government's reliance on the *Wingrove* and *Otto-Preminger-Institut* judgments had been misconceived, as these cases had been decided under Article 10 and had concerned specific acts offending others' religious beliefs. The applicants, on the other hand, had never engaged in any offensive expressions of their beliefs or otherwise offended religious sensibilities of others. They maintained that the applicable standard should be the one that favours religious pluralism, even where there is religious tension and division within society (they referred to *Serif v. Greece*, no. 38178/97, § 53, ECHR 1999-IX, and *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 31, Series A no. 260-A). Finally, the Government's contention that the waiting period reflected democratic standards acceptable in other Member States was not borne out by the facts. The Austrian system gave rise to the Court's finding of a violation in *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria* (no. 40825/98, § 79, 31 July 2008), the Latvian 1995 Law on Religious Associations did not contain any such requirements, and in Romania the waiting period is relevant only to attaining the status of a "religious denomination", a special form that enjoys certain public-law privileges including State subsidies. No such waiting period is required for the status of a "religious association", which confers upon the religious community legal entity status and other rights under the law.

2. The Court's assessment

37. The Court reiterates that the ability to establish a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the freedom of association and that a refusal by the domestic authorities to grant legal entity status to an association – religious or otherwise – of individuals amounts to an interference with the exercise of the right to freedom of association (see *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no. 44158/98, § 52 *et passim*, ECHR 2004-I, and *Sidiropoulos and Others v. Greece*, 10 July 1998, § 31 *et passim*, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV). The authorities' refusal to register a group directly affects both the group itself and also its presidents, founders or individual members (see *The United Macedonian Organisation Ilinden and Others v. Bulgaria*, no. 59491/00, § 53, 19 January 2006; *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) and Ungureanu v. Romania*, no. 46626/99, § 27, 3 February 2005; and *APEH Üldözötteinek Szövetsége and Others v.*

Hungary (dec.), no. 32367/96, 31 August 1999). In cases where the organisation of a religious community has been in issue, a refusal to recognise it as a legal entity has also been found to constitute an interference with the right to freedom of religion under Article 9 of the Convention, as exercised by both the community itself and its individual members (see *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others*, cited above, §§ 79-80, and *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, § 105, ECHR 2001-XII).

38. In *Kimlya*, the Court observed that, pursuant to Russia's Religions Act, a "religious group" without legal personality cannot possess or exercise the rights associated exclusively with the legal-entity status of a registered "religious organisation" – such as the rights to own or rent property, to maintain bank accounts, to ensure judicial protection of the community, to establish places of worship, to hold religious services in places accessible to the public, or to produce, obtain and distribute religious literature – which are essential for exercising the right to manifest one's religion (see *Kimlya*, cited above, §§ 85-86, with further references). Thus, the restricted status afforded to "religious groups" under the Religions Act did not allow members of such a group to enjoy effectively their right to freedom of religion, rendering such a right illusory and theoretical rather than practical and effective, as required by the Convention (see *Kimlya*, cited above, § 86, with further references).

39. Accordingly, the Court finds that a refusal by the domestic authorities to grant legal-entity status to the applicant group amounted to an interference with the applicants' rights under Article 9 interpreted in the light of Article 11. Such an interference will constitute a breach of Articles 9 and 11 unless it was "prescribed by law", pursued one or more of the legitimate aims set out in paragraph 2 of that provision, and was "necessary in a democratic society" for the achievement of those aims.

40. The Court observes that the grounds for refusing the registration of the applicant group were not consistent throughout the time the applicants were attempting to obtain registration (compare *Church of Scientology Moscow*, cited above, § 88, and *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, no. 72881/01, § 78, ECHR 2006-XI). They submitted six registration applications and the registration authority rejected all of them, each time citing some new grounds that it had not previously relied upon. The most recent refusal referred to the absence of a document confirming the group's fifteen-year existence, the allegedly non-religious nature of the group, and some technical defects in its articles of association. The findings of the District Court, however, as upheld on appeal by the City Court, focused exclusively on the defects in the fifteen-year confirmation letter and did not rely upon any of the other grounds in dismissing the applicants' complaint. In this respect, the Court reiterates that its task is not to take the place of the national authorities and to re-hear all the parties' arguments. The interpretation and proper application of domestic law is left primarily to the domestic judicial authorities but is subject to the Court's overriding supervisory function. It must accordingly defer to the judgment of Russian courts and limit the scope of its review to the grounds for the interference that they chose to uphold in the domestic proceedings.

41. The first requirement of paragraph 2 of Articles 9 and 11 is that the interference should be "prescribed by law". The expression "prescribed by law" not only requires that the impugned measures should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which must be sufficiently accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects, that is to say, formulated with sufficient precision to enable the individual – if need be with appropriate advice

– to regulate his conduct (see *Metropolitan Church of Bessarabia*, cited above, § 109).

42. In *Kimlya*, the effect of the legal provision requiring a confirmation letter showing the group's existence in a given territory for at least fifteen years was apparent and unambiguous: the absence of that letter entailed *ipso facto* a refusal of registration. By contrast, in the present case the applicants were able to produce the required letter but the Russian authorities rejected it for defects of form. In particular, the Russian courts held that the municipal council was not authorised to issue such letters, and that the available evidence did not permit the conclusion that the applicant group had been in existence for at least fifteen years. Accordingly, the Court is called upon to verify whether these grounds had a legal basis under Russian law and whether the manner in which the courts interpreted and applied the relevant legal provisions was foreseeable and free from arbitrariness.

43. As for the municipal council's authority to issue confirmation letters, the Court notes that the domestic courts' analysis focused exclusively on the provisions of the St Petersburg law on local authorities, that is to say, a regional legal act that is subordinate to federal legislation in the Russian legal system. The courts did not heed the provisions of the federal Religions Act, which expressly provides that the founders of a religious group should notify a local authority of the establishment thereof (section 7(2)) and that a local authority should subsequently issue a document confirming the group's existence for fifteen years (section 11(5)). If there was a lacuna in the St Petersburg law which did not properly transpose the provisions of the federal Religions Act regarding the competence of municipal councils vis-à-vis religious associations, the Religions Act was still applicable and the rejection of the applicants' confirmation letter for this reason was not "prescribed by law".

44. In so far as the District Court held that the municipal council could not confirm the applicant group's existence prior to its own incorporation in 1998, the Court notes that the Religions Act does not contain the requirement that the local authority issuing the confirmation document in accordance with section 11(5) should be one and the same entity that has existed without interruption since the religious group filed notice of its establishment under section 7(2). In any event, the applicant group cannot reasonably be expected to bear the consequences of the re-organisation of local authorities and to ensure continuity of their archives. Moreover, the Ministry of Justice's Methodological Recommendations expressly acknowledged that no particular procedure for issuing confirmation documents was prescribed by law and that evidence of a religious group's existence should be supplied by the group itself (see paragraph 29 above). It follows that this ground was likewise devoid of any legal basis.

45. Finally, the District Court found that the applicants were unable to adduce evidence showing that no other groups of Scientologists existed in St Petersburg and that the composition of the applicant group had remained continuous and stable throughout the entire fifteen-year period. The District Court did not refer to any legal provision that would require the applicants to submit such evidence and no legal basis for that requirement was cited by the City Court or the Government in their observations. The Court accordingly concludes that the requirement to produce such evidence was arbitrary and unforeseeable in its effects for the applicants.

46. In sum, the Court has found that none of the grounds invoked by the domestic courts for rejecting the confirmation document was based on an accessible and foreseeable interpretation of domestic law.

47. Where it has been shown that interference was not in accordance with the law, it is not necessary to investigate whether it also pursued a "legitimate aim"

or was “necessary in a democratic society”. Nevertheless, the Court considers it important to reaffirm its position that the lengthy waiting period which a religious organisation has to endure prior to obtaining legal personality cannot be considered “necessary in a democratic society” (see *Kimlya*, cited above, §§ 99-102, and *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others*, cited above, §§ 78-80). In so far as the fifteen-year waiting period under Russia’s Religions Act affected only newly emerging religious groups that did not form part of a hierarchical church structure, there was no justification for such differential treatment. A provision such as this was peculiar to Russian law and there were no other member States of the Organization for Security and Co-operation in Europe that required a religious organisation to prove such a lengthy existence before registration was permitted (see *Kimlya*, cited above, § 98). The Court has already had occasion to find a violation on account of a similar provision in Austrian law (see *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others*, cited above, §§ 78-80), whilst the Russian Government’s claim that Latvian and Romanian laws imposed waiting periods on base-level religious communities was mistaken (see paragraphs 30 and 31 above).

48. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there has been a violation of Article 9 of the Convention, interpreted in the light of Article 11.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

49. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

50. The applicants claimed 20,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

51. The Government considered the claim to be excessive.

52. The Court awards the applicants jointly EUR 7,500 in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable.

B. Costs and expenses

53. The applicants did not claim any costs or expenses. Accordingly, there is no call to make an award under this head.

C. Default interest

54. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Declares* the application admissible;

2. *Holds* that there has been a violation of Article 9 of the Convention, interpreted in the light of Article 11;

3. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicants jointly, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 7,500 (seven thousand five hundred euros) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable, to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

4. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

[OMISSIS]

Fonte: www.echr.coe.int