

La giurisprudenza di Strasburgo 2011: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 Cedu)

Sommario

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. – A) IL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE (ART. 8 CEDU). – 2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 8 CEDU. – 3. LE MODALITÀ DI ESECUZIONE DELLE PENE DETENTIVE. – 3.1. I COLLOQUI CON I FAMILIARI E I C.D. PERMESSI DI NECESSITÀ. – 3.1.2. LE LIMITAZIONI AI COLLOQUI FAMILIARI IMPOSTE AI DETENUTI ASSOGGETTATI AL C.D. REGIME DEL 41-BIS. – 3.2. LA LIBERTÀ DI CORRISPONDENZA. – 3.3. IL DIRITTO A CONCEPIRE UN FIGLIO. – 4. ESPULSIONE DI STRANIERI CHE HANNO COMMESSO UN REATO. – 4.1. ESPULSIONE AMMINISTRATIVA PER MOTIVI DI SICUREZZA NAZIONALE. – 4-BIS. IL DELITTO DI FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO E DEL SOGGIORNO IRREGOLARI. – 5. MISURE FINALIZZATE ALLA PREVENZIONE DEI REATI. – 5.1. LA RACCOLTA E LA CONSERVAZIONE DI DATI PERSONALI PER FINALITÀ DI INDAGINE E DI PREVENZIONE DEI REATI. – 5.2. POTERI SPECIALI DI FERMO E DI PERQUISIZIONE SUL POSTO. – 6. LA REPRESSIONE PENALE DEI RAPPORTI OMOSESSUALI CON MINORI. – 7. GLI OBBLIGHI DI TUTELA DELL'ONORE E DELLA REPUTAZIONE. – 7.1. DIRITTO ALLA RISERVATEZZA DEGLI UOMINI POLITICI. – 8. GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE CONTRO LA VIOLENZA DOMESTICA. – 9. LE DECISIONI TERAPEUTICHE. – 10. LA FECONDAZIONE ASSISTITA C.D. ETEROLOGA. – 11. L'ABORTO. – 11-BIS. DECISIONI DI FINE VITA. – B) LA LIBERTÀ DI COSCIENZA E DI RELIGIONE (ART. 9 CEDU). – 12. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 9 CEDU. – 13. L'OBIEZIONE DI COSCIENZA. – 14. IL DIVIETO DI INDOSSARE ABITI RELIGIOSI IN PUBBLICO. – 15. L'OBBLIGO DI PREVEDERE REGIMI ALIMENTARI SPECIFICI PER I DETENUTI IN OSSEQUIO DELLE LORO CONVINZIONI RELIGIOSE. – C) LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO (ART. 10 CEDU). – 16. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 10 CEDU. – 17. LE FATTISPECIE DI APOLOGIA E PROPAGANDA. – 18. LE FATTISPECIE DI DIFFAMAZIONE. – 19. LA CRITICA POLITICA. – 19-BIS. VIOLAZIONE DEL SEGRETO PROFESSIONALE. – 20. L'ABORTO. – 21. GLI OBBLIGHI DI TUTELA DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE. – D) LA LIBERTÀ DI RIUNIONE E ASSOCIAZIONE (ART. 11 CEDU). – 22. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 11 CEDU. – 23. DIVIETO DI PARTECIPARE A RIUNIONI O MANIFESTAZIONI PUBBLICHE.

1

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Numerose le pronunce rese in tema di artt. 8, 9, 10 e 11 Cedu dalla Corte di Strasburgo nell'anno 2011, le quali rivestono profili d'interesse per il diritto penale sostanziale.

In particolare, sul fronte dell'**art. 8 Cedu** (che consacra il diritto al rispetto della vita privata e familiare), si segnalano innanzitutto le pronunce relative al problema "classico" delle *condizioni della detenzione* (cfr. *infra* § 3) e, in particolare, quelle relative alle limitazioni apposte al diritto dei detenuti di mantenere i contatti con i familiari (cfr. *infra* § 3.1) e alla libertà di corrispondenza (cfr. *infra* § 3.1).

Interessanti prese di posizione da parte dei giudici di Strasburgo si registrano inoltre con riferimento alla questione della compatibilità con l'art. 8 Cedu dell'*espulsione dello straniero* (*infra* § 4): a questo proposito, particolarmente significativa è la sentenza *M.*

e altri c. Bulgaria¹ del 26 luglio 2011, in cui la Corte europea ha riconosciuto una *violazione strutturale* dell'art. 8 Cedu in relazione all'espulsione amministrativa prevista nell'ordinamento bulgaro per motivi di sicurezza nazionale sulla base d'informazioni d'*intelligence* riservate (*infra* § 4.2).

Sempre in tema d'immigrazione, riveste profili di grande interesse la sentenza *Mallah c. Francia*², nella quale i giudici europei si sono pronunciati sulla compatibilità con l'art. 8 Cedu della condanna con dispensa dalla pena di un cittadino marocchino, residente in Francia, per il delitto di favoreggiamento dell'ingresso o del soggiorno irregolare (previsto nell'ordinamento francese dall'art. L622-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile: c.d. delite de solidarité*).

Si assestano invece su posizioni che possono ormai ritenersi consolidate nella giurisprudenza di Strasburgo, le pronunce rese nell'anno 2011 con riferimento alla compatibilità con l'art. 8 Cedu di *misure finalizzate alla prevenzione dei reati* (cfr. *infra* § 5).

Un cenno meritano inoltre le sentenze in cui la Corte europea ha affrontato il delicato problema dei confini tra il diritto alla riservatezza, da un lato, e libertà d'espressione, dall'altro (cfr. *infra* § 7), con specifico riferimento alle informazioni che riguardano gli uomini politici (cfr. *infra* § 7.1).

Riveste poi estrema importanza, specie alla luce delle prevedibili ricadute sul nostro ordinamento, la sentenza *S.H. e altri c. Austria* (cfr. *infra* § 10)³ con cui la Grande camera è tornata sulla questione della compatibilità con la convenzione delle *restrizioni alla donazione di gameti* previste dalla legislazione austriaca. Come meglio si vedrà, in quest'occasione, i giudici europei – ribaltando la pronuncia resa dalla Corte europea il 1° aprile 2010⁴ – hanno escluso una violazione dell'art. 8 Cedu, affermando che il divieto di donazione di oociti e quello di donazione di spermatozoi previsto dalla legislazione austriaca non oltrepassa il margine di apprezzamento concesso allo Stato in materia di fecondazione eterologa e che tali divieti sono, pertanto, espressione di un bilanciamento non censurabile tra il diritto alla genitorialità, da un lato, e l'esigenza di preservare la certezza nelle relazioni familiari, dall'altro.

E ancora, particolarmente significative sono le pronunce *Haas c. Svizzera*⁵ del 20 gennaio 2011 e *Koch c. Germania*⁶ del 31 maggio 2011, nelle quali la Corte europea è tornata a occuparsi del *diritto dell'individuo di decidere quando e in che modo porre fine la propria vita* che – secondo quanto affermato nel *leading case Pretty c. Regno Unito* del 2002⁷ – costituisce uno degli aspetti in cui si sostanzia il diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 Cedu (cfr. *infra* § 11-bis).

Per quel che concerne invece l'**art. 9 Cedu** (il quale tutela la libertà di coscienza e di religione), le sentenze rese dalla Corte europea nell'anno 2011 che interferiscono con il diritto penale sostanziale hanno riguardato esclusivamente il problema della tutela convenzionale dell'*obiezione di coscienza al servizio militare*: in particolare, nella sentenza *Bayatyan c. Armenia*⁸, la Grande camera – pronunciandosi su appello della pronuncia resa dalla terza sezione della Corte europea il 27 ottobre 2009⁹ – attraverso un'interpretazione evolutiva ed estensiva dell'art. 9 Cedu, ha finalmente incluso nel suo ambito di applicazione anche il *diritto all'obiezione di coscienza* (cfr. *infra* § 13).

Quanto alle pronunce rese dalla Corte europea nel 2011 in tema di **art. 10 Cedu**, invece, giova ricordare innanzitutto le sentenze in cui la Corte ha affrontato il problema

1. Sent. 26 luglio 2011, *M. e altri c. Bulgaria* (ric. n. 41416/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1729.

2. Sent. 10 novembre 2011, *Mallah c. Francia* (ric. n. 29681/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 305.

3. Grande camera, sent. 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 302.

4. Sent. 1 aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1287.

5. Sent. 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera* (ric. n. 31322/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011.

6. Dec. 31 maggio 2011, *Koch c. Germania* (ric. n. 497/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1108.

7. Sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito* (ric. n. 2346/02).

8. Grande camera, sent. 7 luglio 2011, *Bayatyan c. Armenia* (ric. n. 23459/03), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1723.

9. Sent. 29 ottobre 2009, *Bayatyan c. Armenia* (ric. n. 23459/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 305.

della compatibilità convenzionale dei delitti di apologia e propaganda a carattere politico (cfr. *infra* § 17): a questo proposito, particolarmente significativa è la sentenza *Aydn c. Germania*¹⁰, nella quale la Corte ha ritenuto compatibile con l'art. 10 Cedu la condanna penale della ricorrente per il sostegno offerto al PKK, un'organizzazione vietata in Germania, in ragione dell'interesse dello Stato tedesco a condurre un'effettiva lotta al terrorismo.

Un numero cospicuo di pronunce ha riguardato, inoltre, le fattispecie di *diffamazione* (cfr. *infra* § 18), con riferimento in particolare alla critica politica (cfr. *infra* § 19).

Non particolarmente significativa sotto il profilo del diritto penale sostanziale è, invece, la giurisprudenza della Corte europea del 2011 in tema di **art. 11 Cedu**: al riguardo si segnala, peraltro, la sentenza *Schwabe e M. G. c. Germania*¹¹ relativa all'arresto e alla detenzione di due attivisti tedeschi al fine di impedire la loro partecipazione al G8 del 2007 e prevenire così eventuali attentati alla sicurezza pubblica.

A

IL DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA
PRIVATA E FAMILIARE (ART. 8 CEDU)

2

L'AMBITO DI APPLICAZIONE
DELL'ART. 8 CEDU

Prima di passare all'analisi delle pronunce rese in tema di artt. 8 Cedu dalla Corte di Strasburgo nell'anno 2011, conviene ricordare che l'art. 8 Cedu accorda al diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare, del domicilio e della corrispondenza una protezione *condizionata*, nel senso che consente alle autorità statali di porre in essere talune restrizioni al diritto stesso, purché esse siano «conformi alla legge» e «necessarie» ad assicurare la tutela dei contro-interessi elencati nello stesso art. 8 Cedu, al § 2 (ovvero, la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione dei diritti e delle libertà altrui). Ciò obbliga la Corte, una volta riscontrata nel caso concreto un'interferenza con la sfera di tutela dell'art. 8 Cedu, a operare un bilanciamento tra il rispetto dei diritti garantiti dalla norma convenzionale e le esigenze della collettività che vengono di volta in volta in considerazione.

3

LE MODALITÀ DI ESECUZIONE
DELLE PENE DETENTIVE

Nell'anno 2011, le pronunce rese dalla Corte europea in tema di condizioni della detenzione hanno riguardato il problema della compatibilità con l'art. 8 Cedu delle limitazioni apposte al diritto dei detenuti di mantenere i contatti con i propri familiari; nonché della censura e del controllo della corrispondenza.

3.1

I COLLOQUI CON I FAMILIARI E I
C.D. PERMESSI DI NECESSITÀ

Per quel che concerne anzitutto le restrizioni imposte al diritto di mantenere contatti con i propri familiari, accanto alle violazioni macroscopiche (quali quelle riscontrate nelle sentenze *Knyter c. Polonia*¹² in cui il ricorrente, detenuto, si doleva del fatto di non essere stato informato delle ragioni del divieto impostogli), si segnala la sentenza *Laduna c. Slovacchia*¹³, in cui i giudici europei hanno ritenuto *discriminatoria*, e quindi incompatibile con gli artt. 8 e 14 Cedu, la disciplina penitenziaria slovacca, la quale prevede che i detenuti sottoposti a custodia cautelare in carcere possano avere colloqui con i propri familiari solo per trenta minuti, non più di una volta al mese; mentre i condannati a pena detentiva hanno diritto a ricevere visite per due ore, sempre a scadenza mensile.

10. Sent. 27 gennaio 2011, *Aydn c. Germania* (ric. n. 16637/07).

11. Sent. 1 dicembre 2011, *Schwabe e M.G. c. Germania* (ric. nn. 8080/08 e 8577/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 311.

12. Sent. 1 febbraio 2011, *Knyter c. Polonia* (ric. n. 31820/06).

13. Sent. 13 dicembre 2011, n. 31827/02, *Laduna c. Slovacchia* (ric. n. 31827/02).

Particolare importanza riveste inoltre la sentenza *K. c. Slovenia*¹⁴ in cui la Corte europea ha riconosciuto una violazione dell'art. 8 Cedu in relazione al divieto assoluto di ricevere visite dalla figlia minore opposto al ricorrente – il quale era stato arrestato e detenuto, per un periodo complessivo di tre anni e mezzo, perché *sospettato* ingiustamente di aver abusato sessualmente della figlia – rilevando che tale divieto *non* poteva ritenersi *proporzionato* rispetto allo scopo legittimo di proteggere la minore in ragione dell'*eccessiva durata del processo penale* avviato nei confronti del ricorrente.

Per contro, nel caso *V. c. Slovenia*¹⁵, la Corte – ribadito in via preliminare che, secondo il diritto di Strasburgo, il divieto assoluto di avere contatti con uno o più familiari può essere giustificato solo a fronte di circostanze eccezionali – ha escluso la violazione dell'art. 8 Cedu in relazione al divieto assoluto di ricevere visite dai propri figli minorenni opposto ai ricorrenti, che erano stati condannati ad una pena detentiva per l'omicidio colposo di uno degli altri figli perché, a suo avviso, tale divieto si rendeva necessario rispetto all'esigenza di assicurare il *superiore interesse dei minori*.

In tema di permessi *extra muros* per recarsi a visitare parenti gravemente malati o per partecipare ai loro funerali, riveste senz'altro profili d'interesse la sentenza *Giszczak c. Polonia*¹⁶, in cui la Corte ha ravvisato una violazione dell'art. 8 Cedu in relazione al *ritardo* con il quale le autorità polacche notificavano al ricorrente, un detenuto, l'autorizzazione a visitare la propria figlia, gravemente malata: la comunicazione, infatti, veniva resa al medesimo ben quattro giorni dopo la celebrazione del funerale della medesima. Dunque, non solo la mancata concessione del permesso di assistere al funerale di un familiare (laddove essa non sia giustificata da ragioni imperiose)¹⁷ ma anche il ritardo nella concessione dello stesso può determinare una violazione dell'art. 8 Cedu in ragione dell'entità del sacrificio imposto al diritto dell'individuo al rispetto della propria vita privata e familiare.

3.1.2

LE LIMITAZIONI AI COLLOQUI
FAMILIARI IMPOSTE AI DETENUTI
ASSOGGETTATI AL C.D. REGIME
DEL 41-BIS

Tra le sentenze rese dalla Corte europea nel corso del 2011 non constano pronunce rilevanti in materia.

3.2

LA LIBERTÀ DI CORRISPONDENZA

Secondo il diritto di Strasburgo, qualsiasi restrizione alla libertà di corrispondenza dei detenuti, configurando un'ingerenza nel diritto riconosciuto dall'art. 8 Cedu, deve soddisfare i due requisiti della sussistenza di un fondamento legale e del rispetto del principio di proporzione.

Per quel che concerne innanzitutto il *requisito della legalità* – e in particolare il principio secondo il quale ogni provvedimento restrittivo della libertà di corrispondenza deve essere *tassativamente previsto dalla legge nazionale* – particolarmente significativa è la sentenza *Mehmet Nuri Özen e altri c. Turchia*¹⁸, relativa ad una serie di ingerenze (apertura, blocco, ostruzionismo) nella corrispondenza di alcuni detenuti di etnia curda. In particolare, tali misure venivano giustificate dalle autorità penitenziarie turche in ragione dell'impossibilità di comprenderne la lingua (il curdo) in cui le comunicazioni erano scritte e di verificare, pertanto, la sussistenza di contenuti penalmente rilevanti.

La Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 Cedu rilevando come siffatti controlli fossero in palese *contrasto con il diritto nazionale* in quanto la normativa turca

14. Sent. 7 luglio 2011, *K. c. Slovenia* (ric. n. 41293/05).

15. Sent. 1 dicembre 2011, *V. c. Slovenia* (ric. n. 26971/07).

16. Sent. 29 novembre 2011, *Giszczak c. Polonia* (ric. n. 40195/08).

17. Sul punto, sia consentito il rinvio a L. BEDUSCHI, *La Giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 Cedu)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2011, § 3.1.

18. Sent. 11 gennaio 2011, *Mehmet Nuri Özen e altri c. Turchia* (ric. n. 15672/08, 24462/08, 27559/08, 28302/08, 28312/08, 34823/08, 40738/08, 41124/08, 43197/08, 51938/08 e 58170/08).

consente il blocco e la censura della corrispondenza dei detenuti solo nel caso in cui sussistano elementi specifici e concreti per ritenere che il contenuto della corrispondenza ponga un pericolo per la sicurezza pubblica (e non anche nel caso in cui le autorità penitenziarie non siano in grado di verificarne la potenziale offensività del contenuto).

Quanto invece al profilo della *proporzione* dei provvedimenti restrittivi della libertà di corrispondenza, un cenno merita inoltre la sentenza *Di Cecco c. Italia*¹⁹ in tema di riservatezza delle comunicazioni con il proprio *avvocato*: in questa occasione la Corte europea, conformemente al proprio orientamento consolidato, ha ravvisato una violazione dell'art. 8 Cedu in riferimento ai controlli della corrispondenza tra un detenuto e il suo legale in assenza di specifiche esigenze di ordine pubblico e di prevenzione dei reati.

Parimenti, nella sentenza *Fetullah Akpolat c. Turchia*²⁰ la Corte ha riscontrato una violazione della norma in parola in merito al controllo esercitato sulla corrispondenza tra un detenuto (un membro del PKK) e il *primo ministro inglese*, sottolineando come nel caso concreto non vi fossero elementi per ritenere che il plico contenesse materiale illecito non individuabile tramite altri mezzi, ben potendo le autorità turche limitarsi ad aprirne il contenuto alla presenza del detenuto, senza leggerne il contenuto.

3.3

Nell'anno 2011, non constano pronunce in materia.

IL DIRITTO A CONCEPIRE UN FIGLIO

4

ESPULSIONE DI STRANIERI CHE HANNO COMMESSO UN REATO

Dalle pronunce rese dalla Corte Europea in materia nell'anno 2011, emerge la tendenza, già riscontrata con riferimento alle sentenze rese nel triennio 2008-2010²¹, ad attribuire un'importanza prevalente, se non determinate, ai fini della valutazione della proporzionalità dell'ingerenza del provvedimento di espulsione nel diritto alla vita privata e familiare dello straniero, al criterio della *gravità del reato* (in questo senso: cfr: *Arvelo Aponte c. Paesi Bassi*²²: delitti in materia di stupefacenti; *A.H. Khan c. Regno Unito*²³: rapina e altri reati di natura violenta; *Trabelsi c. Germania*²⁴: reati in materia di stupefacenti e altri reati di natura violenta).

Accanto alle pronunce sopra segnalate in cui la Corte europea ha escluso una violazione dell'art. 8 Cedu in relazione all'emissione o all'esecuzione di provvedimenti espulsivi nei confronti di stranieri autori di gravi reati, vanno peraltro segnalate le sentenze *A.A. c. Regno Unito*²⁵ e *Geleri c. Romania*²⁶, in cui la Corte ha ritenuto *illegittimo* l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale in ragione dell'entità del *lasso di tempo* intercorso dalla commissione dell'infrazione e la condotta del ricorrente in tale periodo (secondo quanto affermato nel *leadig case Üner c. Olanda* del 2006²⁷).

In particolare, nel caso *A.A. c. Regno Unito*²⁸ la Corte ha ritenuto *sproporzionata*, e pertanto contraria all'art. 8 Cedu, l'espulsione del ricorrente, un cittadino nigeriano, il quale era stato condannato per violenza sessuale *dieci anni* prima dell'esecuzione dell'ordine di espulsione, sottolineando tra l'altro come questi non avesse commesso altri reati nel periodo intercorso tra la commissione del reato e l'esecuzione dell'ordine di espulsione.

A conclusioni simili, come poc'anzi accennato, la Corte è giunta anche nella citata sentenza *Geleri c. Romania*²⁹, in cui il ricorrente, condannato per il reato di falsa identità e

19. Sent. 15 febbraio 2011, *Di Cecco c. Italia* (n. 28169/06).

20. Sent. 15 febbraio 2011, *Fetullah Akpolat c. Turchia* (ric. n. 22077/03).

21. Sul punto sia consentito il rinvio a L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 Cedu)*, cit., § 4.

22. Sent. 3 novembre 2011, *Arvelo Aponte c. Paesi Bassi* (ric. n. 28770/05).

23. Sent. 20 dicembre 2011, *A.H. Khan c. Regno Unito* (ric. n. 6222/10).

24. Sent. 13 ottobre 2011, *Trabelsi c. Germania* (ric. n. 41548/06).

25. Sent. 20 settembre 2011, *A.A. c. Regno Unito* (ric. n. 8000/08).

26. Sent. 15 febbraio 2011, *Geleri c. Romania* (n. 33118/56).

27. Sent. 18 ottobre 2006, *Üner c. Olanda* (ric. n. 46410/99).

28. Sent. 20 settembre 2011, *A.A. c. Regno Unito* (ric. n. 8000/08).

29. Sent. 15 febbraio 2011, *Geleri c. Romania* (n. 33118/56).

passaggio illegale alla frontiera oltre *sette anni* prima del momento della sua espulsione, nel periodo di tempo intercorso tra la sentenza di condanna e l'emissione dell'ordine di espulsione aveva addirittura ottenuto lo stato di rifugiato e ricevuto la grazia per il reato commesso.

4.1

ESPULSIONE AMMINISTRATIVA PER MOTIVI DI SICUREZZA NAZIONALE

A questo proposito, riveste senz'altro un'importanza particolare la sentenza *M. e altri c. Bulgaria*³⁰ del 26 luglio 2011, in cui la Corte europea ha riconosciuto una *violazione strutturale* dell'art. 8 Cedu in relazione all'espulsione amministrativa prevista nell'ordinamento bulgaro per motivi di sicurezza nazionale sulla base d'informazioni d'*intelligence* riservate.

In particolare, i giudici europei – richiamando i principi affermati nelle sentenze *C.G. e altri*³¹, *Raza*³² e *Kaushal*³³ rese tutte contro la Bulgaria – hanno anzitutto ribadito che per ritenere legittimo l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale è necessario che l'autorità giudiziaria nazionale sia messa in grado di effettuare un pieno controllo sulla fondatezza dei motivi che possono giustificare un'espulsione e sulla meritevolezza dei contro interessi che possono venire in rilievo, come il diritto alla vita privata e familiare. A loro avviso, nel caso di specie, la mancata allegazione di elementi concreti a sostegno della pericolosità sociale del ricorrente aveva, di fatto, impedito all'autorità giudiziaria di accertare la legittimità dell'ordine di espulsione emesso nei suoi confronti. Pertanto, essi hanno concluso che la legge bulgara, pur a fronte della formale possibilità di esperire ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di espulsione, non aveva garantito al ricorrente il minimo grado di protezione contro restrizioni arbitrarie del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare³⁴. Per tali ragioni, dunque, la Corte ha riconosciuto una violazione potenziale dell'art. 8 Cedu, ravvisando come un'eventuale espulsione del ricorrente avrebbe costituito un'interferenza illegittima nel suo diritto alla vita privata e familiare.

Inoltre, i giudici europei, considerato l'elevato numero di sentenze di condanna pronunciate in passato dalla Corte di Strasburgo nei confronti della Bulgaria in circostanze simili a quelle del ricorrente, nonché l'elevato numero di ricorsi pendenti analoghi a quello in esame, hanno deciso di attivare la procedura di cui all'art. 46 Cedu e assistere così lo Stato convenuto nell'esecuzione della sentenza, chiedendo in particolare l'adozione di *misure generali* tese a garantire anche in materia di espulsione amministrativa un pieno controllo giurisdizionale sulla fondatezza dei presupposti che giustificano l'allontanamento dello straniero e sulla esistenza di eventuali limiti all'esecuzione del medesimo, come il diritto al rispetto alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu) e quello a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti disumani o degradanti (art. 3 Cedu).

4-bis

IL DELITTO DI FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO E DEL SOGGIORNO IRREGOLARI

Nella sentenza *Mallah c. Francia*³⁵ la Corte di Strasburgo – pronunciandosi sul ricorso proposto da un cittadino marocchino, residente in Francia, il quale era stato *condannato con dispensa dalla pena* per il delitto di favoreggiamento dell'ingresso o del soggiorno irregolare (previsto nell'ordinamento francese dall'art. L622-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*: c.d. *delite de solidariedad*) per aver

30. Sent. 26 luglio 2011, *M. e altri c. Bulgaria* (ric. n. 41416/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011,

31. Sent. 24 aprile 2008, *C. G. e altri c. Bulgaria* (ric. n. 1365/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 722.

32. Sent. 11 febbraio 2010, *Raza c. Bulgaria* (ric. n. 31465/08).

33. Sent. 2 settembre 2010, *Kaushal c. Bulgaria* (ric. n. 1537/08).

34. Accanto alla violazione dell'art. 8 Cedu, la Corte europea ha riconosciuto, inoltre, la violazione dell'art. 13, in relazione agli art. 3 e 8 Cedu, perché l'assenza di un controllo giurisdizionale sulla sussistenza di eventuali limiti all'esecuzione del provvedimento di espulsione – derivanti dal diritto del ricorrente a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti disumani o degradanti nel paese di destinazione (art. 3 Cedu), da un lato, e dal suo diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 Cedu), dall'altro – ha violato il diritto del ricorrente ad un rimedio effettivo contro tale provvedimento.

35. Sent. 10 novembre 2011, *Mallah c. Francia* (ric. n. 29681/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 305.

ospitato il genero che si tratteneva illecitamente sul territorio nazionale per assistere la moglie incinta – ha ritenuto, per sei voti favorevoli e un solo contrario, che tale misura «non costituisce un’ingerenza sproporzionata nell’esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare».

In particolare, premesso che il reato di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare è previsto dalla legge ed è funzionale alla tutela dell’ordine pubblico e alla prevenzione di altri reati, essa ha affermato che nel caso di specie l’interferenza esercitata sul diritto del ricorrente non poteva ritenersi sproporzionata in quanto i giudici nazionali, pur avendo accertato la sua colpevolezza, avevano rinunciato all’applicazione della pena nei suoi confronti in ragione del sentimento di generosità che aveva animato la sua condotta.

La pronuncia in esame conferma l’*atteggiamento prudente* che fino ad oggi ha caratterizzato la giurisprudenza della Corte europea in materia d’immigrazione: Come condivisibilmente osservato³⁶, probabilmente, i giudici europei sarebbero potuti pervenire a conclusioni differenti qualora avessero preso in considerazione, ai fini dell’affermazione di un’eventuale violazione dell’art. 8 Cedu, gli effetti che il mero accertamento della colpevolezza dello straniero può determinare sul suo esercizio del diritto alla vita privata e familiare (anche qualora questi, come nel caso di specie, venga dispensato dalla pena); e soprattutto qualora essi avessero esaminato le conseguenze che la previsione astratta della fattispecie di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare può determinare sul godimento di tale diritto.

5

MISURE FINALIZZATE ALLA PREVENZIONE DEI REATI

Le pronunce rese dalla Corte europea nel 2011 in materia hanno riguardato essenzialmente le misure finalizzate alla raccolta e alla conservazione di dati personali per finalità d’indagine e di prevenzione dei reati.

5.1

LA RACCOLTA E LA CONSERVAZIONE DI DATI PERSONALI PER FINALITÀ DI INDAGINE E DI PREVENZIONE DEI REATI

Secondo la giurisprudenza di Strasburgo la memorizzazione da parte della pubblica autorità di dati relativi alla vita privata di un individuo costituisce un’ingerenza rilevante ai sensi dell’art. 8 Cedu e, pertanto, spetta a ciascuno Stato dimostrare, innanzitutto, che le misure utilizzate abbia una base legale nell’ordinamento interno e, in secondo luogo, che esse siano idonee e non eccessive rispetto allo scopo legittimo perseguito nel caso concreto³⁷.

Nel corso del 2011 la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l’art. 8 Cedu della registrazione dei dati personali di soggetti ritenuti socialmente pericolosi nelle pronunce *Dimitrio-Kazakov c. Bulgaria*³⁸ e *Shimovolos c. Russia*³⁹; in entrambi i casi, come meglio si vedrà, essa ha riconosciuto una violazione della norma in parola perché le misure in questione non erano provviste di una base legale sufficientemente chiara e precisa nell’ordinamento nazionale.

Precisamente, nella sentenza *Dimitrov-Kazakov c. Bulgaria*⁴⁰ la Corte ha ritenuto incompatibile con l’art. 8 Cedu l’inserimento del nominativo del ricorrente nei registri

36. In questo senso, L. D’AMBROSIO, *La Corte EDU salva il “délit de solidarité”: la condanna con dispensa dalla pena per favoreggiamento dell’ingresso e del soggiorno irregolare non costituisce una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8)”, in Diritto penale contemporaneo*, 7 dicembre 2011.

37. Per quel che concerne il problema specifico del fondamento legale dei presupposti applicativi della raccolta di informazioni per ragioni di sicurezza pubblica, cfr. sent. 1 luglio 2009, *Liberty e altri c. Regno Unito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008., p. 1295. Sul punto, cfr. altresì sent. 17 dicembre 2009, *Bouchacourt c. Francia* (ric. n. 5335/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 325; in cui la Corte europea ha valutato la compatibilità con la Convenzione del sistema c.d. FIJAIS introdotto nell’ordinamento francese dalla l. n. 204 del 2004, che prevedeva la registrazione automatica e la conservazione per un periodo massimo di trent’anni dei dati relativi all’identità, all’indirizzo e alla residenza dei condannati per reati sessuali. Con particolare, riferimento alla proporzionalità dell’intervento, sent. 2 settembre 2010, *Uzun c. Germania*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1825.

38. Sent. 10 febbraio 2011, *Dimitrov-Kazakov c. Bulgaria* (ric. n. 11379/03).

39. Sent. 21 giugno 2011, *Shimovolos c. Russia* (ric. n. 30194/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1118.

40. Sent. 10 febbraio 2011, *Dimitrov-Kazakov c. Bulgaria* (ric. n. 11379/03).

della polizia relativi agli autori di reati sessuali, dopo che questi era stato interrogato come sospetto autore di una violenza, affermando che sulla base della normativa interna non era chiaro se tale misura fosse applicabile sulla base di un mero sospetto o se piuttosto fosse necessario che l'autorità procedente formulasse preventivamente un'accusa formale nei confronti del sottoposto.

A conclusioni simili la Corte è giunta anche nella sentenza *Shimovolos c. Russia*⁴¹, in cui essa ha riconosciuto una violazione della citata norma convenzionale in relazione alla raccolta e all'inserimento dei dati personali del ricorrente, un attivista per i diritti umani, in un *database* contenente informazioni su soggetti coinvolti in attività estremistiche, affermando, poiché la normativa di riferimento non era stata resa pubblica e, pertanto, i presupposti, la durata dell'inserimento nei registri, l'individuazione dell'autorità competente, la natura della raccolta di dati e le procedure di raccolta e di controllo sugli abusi non erano accessibili al pubblico.

5.2

POTERI SPECIALI DI FERMO E DI PERQUISIZIONE SUL POSTO

6

LA REPRESSIONE PENALE DEI RAPPORTI OMOSESSUALI CON MINORI

7

GLI OBBLIGHI DI TUTELA DELL'ONORE E DELLA REPUTAZIONE

Nell'anno 2011, non constano pronunce in materia.

Nell'anno 2011, la Corte europea non si è espressa nemmeno su tale questione specifica.

Secondo le più recenti applicazioni giurisprudenziali, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 8 Cedu, non soltanto il diritto all'integrità fisica, psicologica e morale dell'individuo, ma anche il diritto alla riservatezza, all'onore e alla reputazione: peraltro, l'affermazione dell'obbligo positivo di tutelare la reputazione e l'onore di un individuo, di cui all'art. 8 Cedu, comporta necessariamente la limitazione del diritto di libertà di espressione di un altro individuo, riconosciuta dall'art. 10 Cedu.

Il problema del confine tra i diritti di cui agli artt. 8 e 10 Cedu, è stato affrontato dalla Corte nell'anno 2011 nella sentenza *Cornelia Popa c. Romania*⁴², relative alle *critiche* rivolte dalla ricorrente a un *magistrato*.

Nel caso di specie, la ricorrente lamentava la violazione dell'art. 10 Cedu per essere stata condannata alla pena della multa e a pagare una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale per aver pubblicato un articolo, dal titolo "*La juge C.C. récidive dans des jugements stupéfiants*", nel quale *criticava il comportamento di un magistrato*, mettendo in dubbio la sua professionalità.

Sebbene la giurisprudenza europea sia generalmente propensa a difendere i magistrati dalle critiche rivolte nei loro confronti, in considerazione del dovere di riserbo che impedisce loro di rispondere agli attacchi dei media⁴³, la Corte europea nel caso di specie ha censurato il bilanciamento operato dalle autorità nazionali tra la libertà d'espressione della ricorrente, da un lato, e il diritto all'onore del magistrato menzionato nell'articolo, dall'altro, affermando che il pezzo incriminato riguardava un argomento d'*interesse generale*, cioè la fiducia della società nella giustizia, e trattava esclusivamente della *vita professionale del magistrato* e non della sua vita privata. Pertanto, la Corte ha escluso che nel caso di specie la condanna della ricorrente, pur prevista dalla legge, potesse considerarsi necessaria in una società democratica, riconoscendo una violazione dell'art. 10 Cedu.

41. Sent. 21 giugno 2011, *Shimovolos c. Russia* (ric. n. 30194/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1118.

42. Sent. 29 marzo 2011, *Cornelia Popa c. Romania* (ric. n. 17437/03).

43. Per riferimenti giurisprudenziali, cfr. L. TOMASI, sub art. 10, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Cedam, 2012, p. 416.

7.1

DIRITTO ALLA RISERVATEZZA DEGLI UOMINI POLITICI

Particolarmente problematica la questione dei confini tra il diritto alla riservatezza, all'onore e alla reputazione, da un lato, e libertà di espressione, dall'altro, quando le informazioni pubblicate o diffuse riguardano *uomini politici*.

Interessante a questo proposito è la sentenza *Kania e Kittel c. Polonia*⁴⁴, in cui la Corte ha precisato che, secondo il diritto di Strasburgo, le informazioni che riguardano le vicende giudiziarie di soggetti che ricoprono una carica politica corrispondono a un'esigenza di informazione pubblica e rientrano pertanto nell'ambito di applicazione dell'art. 10 Cedu, salvo il caso in cui tali informazioni non corrispondano al vero ovvero siano fuorvianti.

Nel caso di specie, i ricorrenti, entrambi giornalisti, erano stati condannati in sede civile al pagamento di una sanzione pecuniaria per aver pubblicato un pezzo, nel quale s'insinuava che la Procura stesse indagando su un presunto episodio di corruzione tra un Ministro del Governo polacco allora in carica e un noto uomo d'affari.

La Corte europea – chiamata a pronunciarsi sulla violazione dell'art. 10 Cedu – ha ritenuto che la *condanna* dei ricorrenti avesse costituito un'interferenza nel diritto alla libertà di espressione dei medesimi: tuttavia, secondo i giudici europei, tale interferenza doveva considerarsi *necessaria e proporzionata* rispetto all'esigenza di proteggere il diritto alla riservatezza e all'onore delle persone menzionate nell'articolo in quanto le *informazioni* fornite dovevano ritenersi *scorrette e fuorvianti* (sottolineando in particolare che i ricorrenti, al momento della pubblicazione dell'articolo, erano a conoscenza del fatto che non vi fosse alcuna indagine giudiziaria in corso).

8

GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE CONTRO LA VIOLENZA DOMESTICA

Nel 2011 la Corte non si ravvisano pronunce in materia.

9

LE DECISIONI TERAPEUTICHE

Pare opportuno precisare che, secondo quanto affermato nella sentenza *Bogumil c. Portogallo*⁴⁵ dell'ottobre 2008, il trattamento medico arbitrario può dar adito a una violazione del solo art. 8 Cedu nel caso in cui esso sia motivato *esclusivamente* da esigenze terapeutiche; mentre, nel caso in cui, alle esigenze terapeutiche, si sostituiscano o si aggiungano altre esigenze – *in primis*, quella dell'accertamento dei fatti di reato – potrà invece ritenersi integrata la violazione anche dell'art. 3 Cedu. Peraltro, nel corso del 2011, la Corte europea non ha ravvisato una violazione dell'art. 8 Cedu in relazione al trattamento medico motivato esclusivamente da esigenze terapeutiche.

10

LA FECONDAZIONE ASSISTITA C.D. ETEROLOGA

Nella sentenza *S.H. e altri c. Austria*⁴⁶ la Grande camera – chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da due coppie sterili, alle quali, in ragione del divieto vigente in Austria, era stato precluso l'accesso alle tecniche di fecondazione eterologa – ha ritenuto *compatibili* con l'art. 8 Cedu le *restrizioni alla donazione di gameti previste dalla legislazione austriaca*.

La citata pronuncia ha ribaltato la sentenza resa dalla prima sezione della Corte europea il 1° aprile del 2010⁴⁷, con la quale i giudici europei, premesso che la decisione di concepire un figlio attraverso tecniche di fecondazione assistita rientra nella sfera di tutela degli artt. 8 e 14 Cedu, avevano ritenuto che il divieto di donazione di spermatozoi e di oociti nei termini stabiliti dalla legge austriaca fosse discriminatorio per quelle coppie per le quali l'unico modo di concepire un figlio è quello di ricorrere ad un donatore

44. Sent. 21 giugno 2011, *Kania e Kittel* (ric. n. 35105/04).

45. Sent. 7 ottobre 2008, *Bogumil c. Portogallo* (ric. n. 35228/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 325.

46. Grande camera, sent. 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 302.

47. Sent. 1 aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1287.

esterno. Ad avviso dei giudici europei, infatti, tale divieto non risultava sorretto da ragioni giustificatrici di carattere obiettivo: né dai costi sociali (quali, ad esempio, il rischio di commercializzazione di materiale genetico, di riproduzione selettiva, di mercificazione della donna, nonché della creazione di rapporti di parentela “atipici”) che riguardano in generale tutte le tecniche di fecondazione eterologa; né dall’esigenza di preservare la certezza nelle relazioni familiari e tantomeno dall’interesse dell’individuo a conoscere i propri genitori. Per tali ragioni, la prima sezione aveva quindi concluso per una violazione del combinato disposto degli art. 8 e 14 Cedu.

La Grande camera nella sentenza che qui si segnala ha invece deciso di analizzare la vicenda sotto l’angolo visuale del solo art. 8 Cedu, prendendo in esame la norma suddetta nella sua *dimensione negativa* (cioè, come fonte di obblighi di astensione per lo Stato) per valutare se il divieto previsto dalla legge austriaca in tema di fecondazione eterologa costituisse un’interferenza legittima, necessaria e proporzionata ex art. 8 § 2 Cedu rispetto al diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dalla suddetta norma.

Non essendo nemmeno in discussione tra le parti che la suddetta interferenza fosse *provvista di una base legale* e che essa perseguisse lo *scopo legittimo* di protezione della salute e dei principi morali, nonché della libertà individuale, la Grande camera ha ritenuto di doversi soffermare sul requisito della “necessità in una società democratica” dei limiti al ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa previsti nell’ordinamento austriaco. A tale proposito, essa ha affermato di dover valutare se vi fossero ragioni rilevanti e sufficienti (“*relevant and sufficient*”) per l’adozione di una disciplina della fecondazione eterologa tanto restrittiva, e se l’interferenza rispetto al diritto al rispetto della vita privata e familiare da essa rappresentata potesse dirsi *proporzionata rispetto allo scopo* legittimo perseguito dal legislatore austriaco.

La Grande camera, pur ravvisando l’esistenza nell’ambito dei Paesi del Consiglio d’Europa di una chiara tendenza verso il riconoscimento della possibilità di ammettere la donazione di gameti ai fini della fecondazione in vitro, non ha tuttavia ricollegato ad essa un’incidenza decisiva sul margine di apprezzamento riconosciuto in materia di procreazione medicalmente assistita agli Stati membri, rilevando come tale tendenza non rappresenti un consolidato orientamento a livello europeo, bensì “*a stage of development within a particularly dynamic field of law*”, e come pertanto essa non valga a limitare in maniera rilevante la discrezionalità del legislatore nazionale.

Richiamando i principi espressi nella sentenza *A, B e C c. Irlanda* in tema di aborto, anch’essa resa dalla Grande camera – essa non ha ritenuto opportuno sostituire la propria valutazione a quella delle autorità nazionali, rilevando come “*by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the “exact content of the requirements of morals” in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them*” (§ 94). Ad avviso dei giudici europei, dunque, il *margine di apprezzamento* che va riconosciuto agli Stati membri in materia di procreazione medicalmente assistita è particolarmente *ampio* e comprende tanto l’anche il quomodo dell’intervento statale, anche se ciò non preclude alla Corte una verifica in merito alla compatibilità con la Convenzione delle soluzioni adottate a livello nazionale, sia pure entro limiti ristretti.

Entrando nel merito della questione, la Grande camera, come poc’anzi accennato, è giunta a conclusioni diverse rispetto a quelle fatte proprie dalla prima sezione. Sottolineando in particolare l’assenza di *consensus* europeo in materia di procreazione assistita all’epoca dei fatti (1997) e la possibilità di recarsi all’estero per ricorrere a quelle di fecondazione eterologa, essa ha ritenuto che il divieto di donazione di oociti e quello di donazione di spermatozoi previsti dalla legislazione austriaca *non oltrepassassero* il *margine di apprezzamento* concesso allo Stato austriaco in materia di fecondazione eterologa, e che essi fossero, pertanto, espressione di un bilanciamento non censurabile tra il dritto alla genitorialità, da un lato, e l’esigenza di preservare la certezza nelle relazioni

familiari – e più in particolare di evitare il possibile conflitto tra madre “biologica” e madre “genetica” e il pregiudizio all’interesse dell’individuo a conoscere i propri genitori – dall’altro. Per tali ragioni, essa *non* ha ravvisato, per tredici voti contro quattro, alcuna *violazione* dell’art. 8 Cedu.

Con la pronuncia in esame, la Grande camera ha dunque deciso di adottare un rigoroso *self restraint* e avvallare la scelta operata dalle autorità nazionali: nondimeno, essa ha lasciato aperto più di uno spiraglio per una diversa soluzione della questione in futuro, sottolineando espressamente come quello reso dalla Grande camera sia un giudizio pro tempore svolto necessariamente con riferimento alla data dei fatti (1997) e non necessariamente valido per l’epoca attuale: “*even if it finds it finds no breach of Article 8 in the present case, the Court considers that this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States*” (§ 118)⁴⁸.

Per quanto riguarda le ripercussioni della giurisprudenza ora esaminata sul nostro ordinamento va anzitutto ricordato che, dopo la sentenza *S.H. e altri* della prima sezione⁴⁹ (che come poc’anzi accennato aveva concluso per una violazione degli artt. 8 e 14 Cedu in relazione al divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legislazione austriaca del 1997), la Corte costituzionale italiana è stata chiamata a valutare questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Firenze, Milano e Catania relativamente alla disciplina italiana della fecondazione medicalmente assistita, che con quella austriaca presenta significativi punti di contatto e che è stata approvata soltanto nel 2004.

Tutte e tre le ordinanze avevano sostenuto che il divieto assoluto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo contenuto nella l. 40 del 2004 (art. 4, comma 3)⁵⁰ fosse in contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost., in combinato disposto con gli artt. 8 e 14 Cedu, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *S.H. e altri c. Austria* del 1° aprile 2011 (secondo la quale, appunto, doveva ritenersi irragionevole un divieto assoluto di fecondazione eterologa)⁵¹.

Nelle more del giudizio di costituzionalità, peraltro, tale decisione veniva ribaltata dalla pronuncia della Grande camera del 2011, poc’anzi esaminata⁵². La Corte costituzionale, pertanto, preso pertanto atto di tale pronuncia, disponeva con ordinanza del 22 maggio 2012 n. 150 (e depositata il successivo 7 giugno)⁵³, la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per consentir loro la possibilità di un nuovo esame dei termini della questione.

Si tratta – è bene sottolinearlo – della prima volta nella giurisprudenza costituzionale che la sopravvenienza di una sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo è alla base di un’ordinanza di restituzione degli atti ai giudici rimettenti. Tale decisione veniva motivata dalla considerazione che la nuova pronuncia della Grande camera ha ribaltato la decisione della prima sezione della Corte europea (espressamente richiamata, lo ricordiamo, dai giudici rimettenti) incidendo sull’interpretazione delle norme convenzionali da parte dei giudici di Strasburgo e costituendo, pertanto, un *novum* che influisce in maniera diretta sulla questione di legittimità costituzionale proposta.

48. Sul punto, sia consentito il rinvio a L. BEDUSCHI – A. COLELLA, *La Corte EDU salva (per ora) la legislazione austriaca in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2011.

49. Sent. 1 aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1287.

50. Tutte e tre le ordinanze di rimessione sono già state pubblicate in *Diritto penale contemporaneo* con rispettive note di E. DOLCINI, *Strasburgo-Firenze-Roma: il divieto di fecondazione eterologa si avvia al capolinea?* (21 ottobre 2010); ID., *Fecondazione eterologa: ancora un’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale* (14 gennaio 2011); ID., *Stretto d’assedio il divieto di fecondazione assistita di tipo eterologo* (14 febbraio 2011).

51. Sent. 1 aprile 2010, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1287.

52. Grande camera, sent. 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 302.

53. Per un esame analitico dell’ordinanza, A. VERRI, *A proposito dell’ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale in tema di fecondazione eterologa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 ottobre 2012.

I giudici rimettenti, dunque, nel valutare nuovamente la questione di legittimità costituzionale della disciplina italiana della fecondazione eterologa non potranno non tenere in considerazione la pronuncia resa dalla Grande camera nel caso *S.H. e altri* del 3 novembre 2011⁵⁴, ricordando però come che tale pronuncia sia, per stessa ammissione della Corte, un giudizio *pro tempore* riguardante cioè fatti del 1997.

Con riferimento alle materie eticamente sensibili (fecondazione eterologa, aborto, eutanasia attiva) la giurisprudenza europea – come si è avuto modo di vedere ora con riferimento alla sentenza della Grande camera *S.H. c. Austria* del novembre 2011⁵⁵ – tende ad adottare un approccio *soft*, evitando di urtare le diverse sensibilità nazionali in questioni tanto delicate e complesse. Il rischio peraltro è che la connotazione etica di tali materie, finisca, di fatto, per mettere in secondo piano l'esistenza di un consensus a livello europeo, trasformando il sindacato della Corte in una mera ratifica delle scelte del Parlamento nazionale, anche quando le stesse non appaiono realmente rispettose delle garanzie convenzionali.

Un approccio più rigoroso sembra tuttavia essere stato adottato dai giudici di Strasburgo nella sentenza *Costa e Pavan c. Italia*⁵⁶ dell'agosto 2012, sulla quale giova soffermarsi brevemente, sebbene essa esuli dal periodo di trattazione di questa Rassegna.

In quest'occasione, la Corte europea è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità convenzionale della disciplina italiana in materia di diagnosi pre-impianto da embrioni – risultante dal combinato disposto della l. n. 30 del 2004 e del d.m. n. 31693 del 2008 – la quale riserva l'accesso a tale tecnica di diagnosi alle coppie sterili o non fertili, ovvero alle coppie in cui il *partner* di sesso maschile sia affetto dai virus HIV, HBC e HCV. In particolare, essa ha concluso per una violazione dell'art. 8 Cedu in relazione al divieto opposto a una coppia di cittadini italiani, affetti da una patologia ereditaria, di accedere alle tecniche di fecondazione *in vitro* con diagnosi genetica pre-impianto sull'embrione, al fine di evitare l'inizio e successiva interruzione di gravidanza ove il feto fosse stato affetto dalla patologia in questione. Ad avviso dei giudici europei, infatti, il divieto di accedere alla diagnosi pre-impianto opposto alle copie fertili affette da malattie genetiche risulta *incoerente* rispetto alla possibilità prevista dalla legge italiana sull'interruzione della gravidanza di accedere all'aborto terapeutico nel caso in cui il feto sia affetto da fibrosi cistica. In altre parole, la legge impedisce di decidere di non concepire un figlio malato, salvo poi riconoscere la possibilità di optare per l'aborto.

11

L'ABORTO

11-bis

DECISIONI DI FINE-VITA

Tra le sentenze rese nel corso del 2011, non constano pronunce in materia.

Con le pronunce *Haas c. Svizzera*⁵⁷ del 20 gennaio 2011 e *Koch c. Germania*⁵⁸ del 31 maggio 2011, la Corte europea è tornata a occuparsi del diritto dell'individuo di decidere quando e in che modo porre fine alla propria vita che – secondo quanto affermato nel *leading case Pretty c. Regno Unito* del 2002⁵⁹ – costituisce uno degli aspetti in cui si sostanzia il diritto al rispetto della vita privata garantito dall'art. 8 Cedu.

Per quanto riguarda in particolare la sentenza *Haas c. Svizzera*, la Corte si è pronunciata per la prima volta sulla possibilità di far discendere dall'art. 8 Cedu l'*obbligo*

54. Grande camera, sent. 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 302.

55. Grande camera, sent. 3 novembre 2011, *S.H. e altri c. Austria* (ric. n. 57813/00), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 302.

56. Sent. 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia* (ric. n. 54270/10).

57. Sent. 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera* (ric. n. 31322/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011.

58. Dec. 31 maggio 2011, *Koch c. Germania* (ric. n. 497/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1108.

59. Sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito* (ric. n. 2346/02).

positivo per le autorità statali di assumere le misure necessarie a permettere all'individuo un *suicidio dignitoso*, cioè non doloroso e sicuro.

A questo proposito, giova precisare fin da subito che nell'ordinamento svizzero la condotta di chi assiste il suicida per motivi non egoistici è esente da pena: l'art. 115 del c.p. svizzero infatti subordina la rilevanza penale dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio alla circostanza che l'autore del reato sia stato mosso da un motivo egoistico, sanzionandola in tal caso con una pena pecuniaria o una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni.

Negli ordinamenti, come quello svizzero, in cui è riconosciuto il diritto a porre fine alla propria vita, il problema che viene in gioco, quindi, è quello della compatibilità con la Convenzione delle *condizioni* cui è subordinato l'esercizio di tale diritto.

Nel caso di specie, il ricorrente, un cittadino svizzero, affetto da oltre vent'anni da una sindrome affettiva bipolare, lamentava la contrarietà rispetto all'art. 8 Cedu delle *condizioni* previste nel diritto svizzero per praticare il suicidio assistito tramite assunzione di un farmaco letale: in particolare, la necessità di una perizia psichiatrica completa e approfondita e il rilascio di una ricetta medica per l'acquisto del farmaco. Ad avviso del ricorrente, l'impossibilità di trovare uno specialista disposto a effettuare tale perizia psichiatrica aveva privato di effettività il suo diritto al rispetto della vita privata.

La Corte europea ha anzitutto affermato, conformemente a quanto sostenuto nel *leading case Pretty*⁶⁰ del 2002, che il diritto al rispetto della vita privata riconosciuto dall'art. 8 Cedu comprende il diritto di decidere quando e in che modo porre fine alla propria vita, a condizione che l'interessato sia in grado di orientare liberamente la propria volontà a tal fine e di agire di conseguenza.

Peraltro, essa ha fatto ricorso alla tecnica del *distinguishing* sottolineando come nel caso di specie, a differenza che in *Pretty*, l'oggetto della decisione non riguardava il diritto a porre fine alla propria vita, né l'eventuale possibilità di sottrarre all'area del penalmente rilevante la condotta di chi abbia prestato aiuto all'aspirante suicida; bensì l'esistenza *obbligo positivo* per le autorità dello Stato, derivante dall'art. 8, Cedu di *assicurare il diritto dell'individuo a un suicidio dignitoso*.

La Corte ha pertanto deciso di analizzare la fattispecie sotto il profilo degli *obblighi positivi* discendenti dall'art. 8 Cedu: in particolare, nell'effettuare il bilanciamento degli interessi in gioco la Corte ha preso in considerazione il contrapposto obbligo, discendente dall'art. 2 Cedu, di impedire che una persona sottoposta alla sua giurisdizione ponga fine alla propria vita se la sua decisione non è libera e consapevole.

Rilevata tuttavia l'*assenza di un'omogeneità di soluzioni* nell'area dei Paesi appartenenti al Consiglio di Europa, i giudici europei hanno concluso che le restrizioni poste dalla legislazione svizzera all'accesso al farmaco letale erano motivate da esigenze di tutela della salute e della pubblica sicurezza e di prevenzione dei reati e che esse dovevano ritenersi *necessarie e proporzionate* rispetto a tale scopo: conseguentemente, essi hanno escluso che nel caso di specie non fosse stato violato l'art. 8 Cedu.

Anche in quest'occasione – come già visto con riferimento alla questione della compatibilità convenzionale del divieto di fecondazione eterologa previsto nella legislazione austriaca⁶¹ – la delicatezza sotto il profilo etico-morale delle questioni trattate e l'assenza di un *consensus* a livello europeo, hanno determinato la Corte ad adottare un approccio *soft* che, di fatto, si è tradotto in un avallo delle scelte operate dal legislatore nazionale.

Peraltro, nella più recente decisione *Koch c. Germania* del maggio 2011⁶², invece, la Corte europea ha dichiarato ammissibile un ricorso che tocca il delicatissimo tema del *divieto di eutanasia attiva*: e, in particolare, la questione della compatibilità convenzionale del divieto previsto nell'ordinamento tedesco di praticare il suicidio assistito

60. Sent. 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito* (ric. n. 2346/02).

61. Cfr. *supra* § 10.

62. Dec. 31 maggio 2011, *Koch c. Germania* (ric. n. 497/09), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1108.

mediante l'assunzione di un farmaco letale.

Il ricorrente un cittadino svizzero, marito di una donna quadriplegica, la quale era stata costretta a recarsi in Svizzera per suicidarsi, lamentava la violazione dell'art. 8 Cedu perché la moglie non aveva potuto porre in atto il suicidio assistito in Germania stante il divieto vigente in quel paese di acquistare farmaci per commettere il suicidio.

È tuttavia verosimile che la Corte, chiamata ad affrontare nel merito tale delicatissima questione, si limiti a fare applicazione della dottrina del margine di apprezzamento sottolineando l'assenza di un'omogeneità di soluzioni tra i Paesi appartenenti al Consiglio di Europa.

B

LA LIBERTÀ DI COSCIENZA E DI RELIGIONE (ART. 9 CEDU)

12

L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 9 CEDU

L'art. 9 Cedu protegge il diritto di ogni persona alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione⁶³.

A questo proposito giova ricordare che l'esercizio di tale libertà, con riferimento al foro interiore, non è soggetto ad alcuna limitazione: dalla norma in parola, quindi, discende il divieto assoluto di incriminare e punire chi detenga certe convinzioni o professi una determinata religione; chi si rifiuti di aderirvi o chi decida di mutare il proprio credo. Viceversa può essere assoggettata a limitazioni la libertà di manifestare all'esterno la propria religione o il proprio credo, a condizione che tali limitazioni siano «conformi alla legge» e «necessarie» ad assicurare la tutela dei contro-interessi elencati nello stesso art. 9 Cedu, al § 2 (ovvero, la protezione dell'ordine pubblico, la salute o la morale pubblica e i diritti e le libertà altrui). Conseguentemente, l'infrazione di sanzioni penali nei confronti di chi manifesti esternamente la propria religione viene sottoposta al vaglio della Corte europea che giudica della correttezza del bilanciamento operato dalle autorità nazionali tra tutela della libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo, da un lato, e altri contro-interessi, individuali o collettivi, meritevoli di tutela, all'altro.

Inoltre, secondo quanto affermato nel *leading case Jakóbski c. Polonia*⁶⁴, dalla norma in esame discende inoltre l'obbligo positivo per gli Stati contraenti di apprestare adeguate forme di tutela del sentimento religioso, assicurando un adeguato contemperamento degli interessi del singolo, da un lato, e quelli della collettività dall'altro.

13

L'OBIEZIONE DI COSCIENZA

Le sentenze rese dalla Corte europea nell'anno 2011 in tema di art. 9 Cedu che interferiscono con il diritto penale sostanziale hanno riguardato essenzialmente il problema della tutela convenzionale dell'obiezione di coscienza al servizio militare.

In particolare, nella sentenza *Bayatyan c. Armenia*⁶⁵, la Grande camera – pronunciandosi su appello della pronuncia resa dalla terza sezione della Corte europea il 27 ottobre 2009⁶⁶ – attraverso un'interpretazione evolutiva ed estensiva dell'art. 9 Cedu, ha finalmente ribaltato l'orientamento secondo il quale dalla citata norma convenzionale non deriva in capo agli Stati membri alcun onere di riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza al servizio militare⁶⁷, includendo nel suo ambito di applicazione anche

63. Per maggiori approfondimenti, D. HARRIS – M. O'BOYLE – C. WARBIRICK, *Law of the European Convention of Human Rights*, cit., pp. 425-443; A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, cit., pp. 425-453.

64. Sent. 7 dicembre 2010, *Jakóbski c. Polonia* (ric. n. 18429/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 216.

65. Grande camera, sent. 7 luglio 2011, *Bayatyan c. Armenia* (ric. n. 23459/03), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1723.

66. Sent. 29 ottobre 2009, *Bayatyan c. Armenia* (ric. n. 23459/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 305.

67. L'argomentazione della terza sezione della Corte europea, in linea con la precedente giurisprudenza della Commissione, era lineare: l'art. 4 comma 3 lett. b Cedu nega espressamente che il servizio militare e il servizio sostitutivo civile possano essere configurati come lavori forzati vietati ai sensi della Convenzione: conseguentemente gli Stati sono liberi di prevedere il servizio obbligatorio di leva e non sono obbligati ad affiancarvi un servizio civile sostitutivo

tale diritto.

Il fondamento di tale interpretazione evolutiva dell'art. 9 Cedu è costituito, dall'esistenza di un *consenso d'opinioni* a livello europeo in merito al riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza. A questo proposito, i giudici europei hanno, innanzitutto, sottolineato che sono soltanto due gli Stati del Consiglio d'Europa che non riconoscono tale diritto e che lo stesso Stato convenuto ha introdotto il diritto all'obiezione di coscienza al servizio militare subito dopo i fatti in causa. In secondo luogo, essi hanno rilevato che anche il Comitato dei diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite ha incluso tale forma di obiezione nella libertà di religione e coscienza (art. 19 del Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite). Infine, hanno sottolineato come tale diritto venga altresì annoverato nella Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea e come il suo riconoscimento rappresenti una precondizione per l'ammissione di nuovi Stati membri del Consiglio d'Europa.

Ciò posto, la Grande camera ha ritenuto che l'arresto e la condanna alla pena di due anni e sei mesi di reclusione del ricorrente, testimone di Geova, per essersi sottratto al servizio militare in nome delle proprie convinzioni religiose, avesse comportato una restrizione sproporzionata del suo diritto alla libertà religiosa, sottolineando come l'obietore avesse convinzioni serie (appartenendo alla confessione dei testimoni di Geova) e si fosse offerto di svolgere un servizio civile sostitutivo a quello militare.

Si pone in linea con il *revirement* giurisprudenziale operato dalla Grande camera nella sentenza *Bayatyan c. Armenia*⁶⁸ ora esaminata, la successiva sentenza *Ercep c. Turchia*⁶⁹, in cui la Corte ha ritenuto sproporzionata, e quindi incompatibile con l'art. 9 Cedu, la condanna del ricorrente, testimone Geova, per essersi rifiutato di adempiere l'obbligo di servizio militare.

14

IL DIVIETO DI INDOSSARE ABITI
RELIGIOSI IN PUBBLICO

Nell'anno 2011 non constano pronunce in materia.

15

L'OBBLIGO DI PREVEDERE REGIMI
ALIMENTARI SPECIFICI PER I
DETENUTI IN OSSEQUIO DELLE
LORO CONVINZIONI RELIGIOSE

Nell'anno 2011 non si ravvisano pronunce nemmeno su questa specifica questione.

C

LA LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE
DEL PENSIERO (ART. 10 CEDU)

16

L'AMBITO DI APPLICAZIONE
DELL'ART. 10 CEDU

L'art. 10 Cedu tutela la libertà di espressione che include la libertà di opinione e la libertà di ricevere e di comunicare informazioni.

Al pari dei diritti garantiti dagli articoli 8 e 9 Cedu, il diritto in questione è un diritto condizionato, nel senso che le interferenze con il diritto medesimo possono essere ritenute legittime se ed in quanto risultino «conformi alla legge» e «necessarie in una società democratica» ad assicurare la tutela dei contro-interessi indicati dello stesso art. 10 al § 2.

L'elaborazione giurisprudenziale dell'art. 10 Cedu s'inserisce tradizionalmente nel

per coloro che si rifiutano di portare le armi.

68. Grande camera, sent. 7 luglio 2011, *Bayatyan c. Armenia* (ric. n. 23459/03).

69. Sent. 22 novembre 2011, *Ercep c. Turchia* (ric. n. 43965/04).

filone giurisprudenziale relativo alla tutela dei diritti dell'uomo dal diritto penale. Secondo il diritto di Strasburgo, infatti, dalla norma convenzionale discendono innanzitutto dei *limiti esterni* alla potestà punitiva statale, consistenti nel divieto di incriminare e di punire delle condotte costituenti esercizio della libertà di espressione, salvo che ciò sia ritenuto necessario e proporzionato rispetto al fine di tutelare uno degli interessi generali sopra elencati⁷⁰. Inoltre, secondo quanto affermato nell'importantissima sentenza *Dink c. Turchia*⁷¹ del settembre 2010, dall'art. 10 Cedu discenderebbero anche *obblighi positivi* di intervento da parte degli Stati contraenti, volti a tutelare il diritto alla libertà di manifestazione di pensiero contro aggressioni provenienti da terzi.

17

LE FATTISPECIE DI APOLOGIA E PROPAGANDA

Con riferimento al problema della compatibilità convenzionale della repressione penale dei delitti di apologia e propaganda a carattere politico – che, secondo il diritto di Strasburgo, dipende dalla concreta pericolosità delle condotte e dalla loro idoneità a provocare la commissione di reati⁷² – giova ricordare innanzitutto la sentenza *Aydn c. Germania*⁷³, relativa alla condanna penale della ricorrente in seguito al sostegno offerto al PKK, un'organizzazione vietata in Germania.

La Corte europea, in quest'occasione, ha escluso la violazione dell'art. 10 Cedu, ritenendo prevalente, rispetto al diritto di critica politica della ricorrente, l'interesse dello Stato tedesco a condurre un'effettiva lotta al terrorismo: la condanna della donna infatti, ad avviso dei giudici europei, doveva ritenersi necessaria e proporzionata rispetto all'esigenza di assicurare il divieto, previsto dalla legislazione anti-terrorismo tedesca, di svolgere qualsiasi tipo di attività in favore del PKK.

Pare peraltro significativo rilevare come i giudici europei abbiano ritenuto opportuno giustificare che la condanna della ricorrente dovesse essere ritenuta necessaria al fine di assicurare l'ordine e la sicurezza pubblica, nonostante nel caso di specie la dichiarazione della donna non avesse contenuto un'istigazione esplicita alla violenza.

Un cenno merita inoltre la sentenza *Kilic e Eren c. Turchia*⁷⁴, la quale s'inserisce nel corposo filone giurisprudenziale relativo alla legislazione emanata in Turchia per contrastare il fenomeno del terrorismo curdo e utilizzata, in molti casi per perseguire penalmente coloro che si pronunciano in senso sfavorevole alla politica del governo sulla questione curda. La Corte, conformemente alla sua giurisprudenza consolidata in materia, ha concluso nel caso di specie una violazione dell'art. 10 Cedu in relazione alla condanna dei ricorrenti per aver partecipato ad una manifestazione di protesta contro il governo, in quanto la loro condotta nel caso concreto non aveva creato alcun pericolo per l'ordine pubblico.

18

LE FATTISPECIE DI DIFFAMAZIONE

Numerose anche nell'anno 2011 le pronunce rese dalla Corte europea, le quali hanno riguardato il problema della compatibilità con l'art. 10 Cedu della condanna dei ricorrenti per la pubblicazione di articoli asseritamente diffamatori.

Tra le più significative, le sentenze in cui la Corte ha affrontato il problema del rapporto tra libertà di espressione di cui all'art. 10 Cedu, da un lato, e diritto alla riservatezza e all'onore, di cui all'art. 8 Cedu, dall'altro, per le quali si rinvia alle considerazioni svolte *sub* art. 8 Cedu⁷⁵.

70. Sull'ambito di applicazione dell'art. 10 Cedu, cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale flessibile*, cit., p. 453 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 209 ss.

71. Sent. 14 settembre 2010, *Dink c. Turchia* (ric. n. 2668/07), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1828.

72. Sul punto sia consentito il rinvio a L. BEDUSCHI, *La Giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 Cedu)*, cit., § 17.

73. Sent. 27 gennaio 2011, *Aydn c. Germania* (ric. n.16637/07).

74. Sent. 29 novembre 2011, *Kilic e Eren c. Turchia* (ric. n. 43807/07).

75. Sul rapporto tra tutela penale dell'onore e libertà di espressione, vedi *supra* § 7.

Riveste inoltre profili di interesse la sentenza *UJ c. Ungheria*⁷⁶, relativa alla condanna per diffamazione di un giornalista, il quale aveva definito “*una merda*” un famoso vino portoghese prodotto da una società pubblica.

La Corte ha riconosciuto una violazione dell’art. 10 Cedu, rilevando, da un lato, che l’affermazione del ricorrente aveva riguardato una persona giuridica (la società pubblica) e non una persona fisica e, dall’altro, che essa aveva ad oggetto non tanto la qualità del vino, quanto la politica nazionale in tema di privatizzazioni, e che tale questione doveva ritenersi un argomento di interesse pubblico.

Per quanto riguarda, invece, la distinzione – presente nella consolidata giurisprudenza di Strasburgo – tra giudizi di valore e attribuzione di fatti e la necessità di allegare solo a supporto dei secondi specifici elementi di prova, giova ricordare innanzitutto la sentenza *Conceicao Letria c. Portogallo*⁷⁷, in cui la Corte ha ritenuto che l’affermazione del ricorrente secondo la quale il sindaco era un “*imbonitore*” rientrava nei giudizi di valore e che, pertanto, il ricorrente non era tenuto a dimostrarne la veridicità.

Con particolare riferimento alla prova della veridicità dei fatti affermati, invece, si segnala la sentenza *Aquilina e altri c. Malta*⁷⁸.

In breve, i ricorrenti, due giornalisti maltesi, erano stati condannati per diffamazione per aver pubblicato la notizia (successivamente rilevata falsa) della condanna per oltraggio alla Corte di un noto avvocato maltese, il quale non si era presentato ad un’udienza in assenza di un legittimo impedimento. La Corte europea – premesso che nel caso concreto le molteplici rassicurazioni ricevute dai giornalisti circa la dinamica dell’accaduto lasciavano ritenere che quanto riferito corrispondeva alla realtà dei fatti – ha respinto l’obiezione, sollevata dal governo Maltese, secondo la quale i ricorrenti avrebbero potuto verificare il corretto svolgimento dei fatti attraverso i *verbali di udienza*, affermando che essi *non* possono essere considerati come *le sole fonti attendibili* per la verifica delle notizie di fonte giudiziaria poiché, da un lato, essi hanno un contenuto estremamente sintetico e, dall’altro, non bisogna trascurare che i giornalisti hanno l’esigenza di fornire un’informazione immediata e che il ritardo potrebbe pregiudicare il valore e interesse della stessa.

E ancora, sempre in tema di accertamento della veridicità dei fatti affermati, si segnala la sentenza *Vellutini e Michel c. Francia*⁷⁹, relativa alla condanna penale di due sindacalisti per aver diffuso un comunicato diffamatorio contro il sindaco della città di Vendays-Montalivet, in cui la Corte ha riconosciuto una violazione dell’art. 10 Cedu, in relazione alla condanna per diffamazione di due sindacalisti francesi, precisando in particolare, che l’obbligo per questi ultimi di allegare specifici elementi di prova a sostegno della veridicità dei fatti affermati deve ritenersi meno gravoso rispetto a quello riconosciuto dalla giurisprudenza di Strasburgo in capo ai giornalisti.

Per quel che concerne il *profilo sanzionatorio*, la Corte europea ha ribadito in diverse occasioni che la pena detentiva per il delitto di diffamazione deve ritenersi sproporzionata e quindi incompatibile con l’art. 10 Cedu⁸⁰. Peraltro, nelle sentenze *Bozhkov*⁸¹ e *Kasabova*⁸², entrambe rese contro la Bulgaria, nelle quali la Corte ha ravvisato una violazione dell’art. 10 Cedu ritenuto in relazione alla condanna dei ricorrenti a *ingenti somme di denaro* – e precisamente all’equivalente di 3.221 euro, che nel 2000 corrispondevano ad una somma di 57 volte superiore al loro salario mensile – per aver pubblicato alcuni articoli asseritamente diffamatori, nei quali avevano denunciato alcune irregolarità nella procedura di selezione degli studenti di una scuola pubblica.

76. Sent. 19 luglio 2011, *UJ c. Ungheria* (ric. n. 23954/10).

77. Sent. 12 aprile 2011, *Conceicao Letria c. Portogallo* (ric. n. 4049/08).

78. Sent. 14 giugno 2011, *Aquilina e altri c. Malta* (ric. n. 28040/08).

79. Sent. 6 ottobre 2011, *Vellutini e Michel c. Francia* (ric. n. 32820/09).

80. Sul punto sia consentito il rinvio a L. BEDUSCHI, *La Giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: gli altri diritti di libertà (artt. 8-11 Cedu)*, cit., § 19.

81. Sent. 19 aprile 2011, *Bozhkov c. Bulgaria* (ric. n. 3316/04).

82. Sent. 19 aprile 2011, *Kasabova c. Bulgaria* (ric. n. 22385/04).

Secondo il diritto di Strasburgo le limitazioni della libertà di espressione nell'agone politico possono essere giustificate solo da specifiche esigenze di tutela dell'ordine pubblico.

A questo proposito particolarmente significativa è la sentenza *Fratanoló c. Ungheria*⁸³, in cui la Corte europea è tornata a pronunciarsi sul divieto previsto dal codice penale ungherese di *utilizzare in pubblico simboli totalitaristici*.

In quest'occasione la Corte europea – confermando quanto precedentemente affermato nella sentenza *Vajnai c. Ungheria* dell'8 luglio 2008⁸⁴ – ha riconosciuto una *violazione* dell'art. 10 Cedu in relazione alla condanna del ricorrente, un membro del partito dei lavoratori, per aver indossato in pubblico una *stella rossa a cinque punte*, in quanto nel caso concreto la condotta del ricorrente non aveva creato un pericolo reale di ripristino della dittatura comunista, sottolineando in particolare che sono trascorsi due decenni dalla transizione dell'Ungheria a regime democratico e che, inoltre, la stella a cinque punte è un simbolo polisenso, il quale fa riferimento anche a valori di equità sociale.

Sembra quindi potersi ritenere definitivamente superato l'orientamento espresso nella precedente pronuncia *Rekvényi c. Ungheria* del 1999⁸⁵ in cui la Grande camera aveva *escluso* la violazione dell'art. 10 Cedu in relazione alla condanna di un ufficiale di polizia (e non di un politico) proprio per aver indossato la stella rossa a cinque punte in un luogo pubblico.

Sempre con riferimento al divieto di indossare simboli di natura politica, si segnala altresì la decisione *Donaldson c. Regno Unito*⁸⁶, in cui la Corte europea ha dichiarato *inammissibile* il ricorso di un detenuto in una prigione dell'Irlanda del nord, il quale lamentava la violazione dell'art. 10 Cedu per essere stato condannato alla sanzione disciplinare di tre giorni di isolamento, per aver indossato sulla propria giacca *un giglio pasquale*, a ricordo dell'insurrezione avvenuta in Irlanda del nord il giorno di Pasqua del 1916.

Ad avviso dei giudici europei, infatti, tale divieto doveva ritenersi proporzionato rispetto allo scopo legittimo di mantenere l'ordine all'interno del carcere, perché simboli come il giglio pasquale sono inestricabilmente legati alla guerra civile e il fatto di mostrarli in pubblico può esacerbare le tensioni già esistenti tra i detenuti.

Quanto, invece, alla lamentata violazione degli artt. 14 e 10 Cedu rispetto all'asserita disparità di trattamento di due situazioni simili (il divieto di indossare l'emblema del giglio pasquale e la possibilità di indossare, invece, quello del papavero il giorno della commemorazione dei soldati caduti durante le guerre mondiali), essi hanno escluso che le due situazioni fossero in alcun modo comparabili.

Per quel che concerne invece il profilo specifico delle *restrizioni alla libertà di espressione in relazione a temi politici*, riveste profili di grande interesse la sentenza *Otegi Mondragon c. Spagna*⁸⁷, nella quale la Corte ha riconosciuto una violazione dell'art. 10 Cedu in relazione alla condanna ad *un anno di reclusione* subita dal ricorrente, portavoce del gruppo parlamentare separatista basco, per aver *diffamato il Re di Spagna*, nel corso di un comizio politico durante l'inaugurazione di una centrale elettrica a San Sebastien.

In particolare, il ricorrente, riferendosi ad una vicenda di poco precedente e relativa all'arresto ed ai maltrattamenti subiti da giornalisti di un quotidiano sospettato di avere legami con l'organizzazione terroristica ETA, aveva affermato che la presenza del Re di Spagna all'evento rappresentava *“una vera vergogna politica”*, in quanto il Re, essendo a capo delle forze di polizia che hanno ingiustamente maltrattato i giornalisti, è colui che *“difende la tortura e impone con torture e violenze il regime monarchico”*.

83. Sent. 3 novembre 2011, *Fratanoló c. Ungheria* (ric. n. 29459/10).

84. Sent. 8 luglio 2008, *Vajnai c. Ungheria* (ric. n. 33629/06), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1299.

85. Sent. 20 maggio 1999 (Grande camera), *Rekvényi c. Ungheria* (ric. n. 25390/94).

86. Dec. 7 febbraio 2011, *Donaldson c. Regno Unito* (ric. n. 56975/09).

87. Sent. 15 marzo 2011, *Otegi Mondragon c. Spagna* (ric. n. 2034/07).

La Corte, pur riconoscendo la legittimità della previsione nell'ordinamento spagnolo di una norma incriminatrice che tutela in maniera specifica la reputazione del Re, ha ritenuto che nel caso di specie la condanna del ricorrente *non fosse necessaria* in una società democratica perché le sue parole (seppure provocatorie) *non* contenevano alcun *incitamento all'odio o all'uso della violenza*; né attacchi personali al sovrano, ma rappresentavano una critica, peraltro mossa nell'ambito di un pubblico dibattito, al Re come istituzione e simbolo dello Stato, strettamente connessa alla gestione della vicenda che ha interessato i giornalisti maltrattati.

19-bis

**VIOLAZIONE SEGRETO
PROFESSIONALE**

Presenta profili di interesse la sentenza *Mor c. Francia*⁸⁸ relativa alla condanna penale della ricorrente, un avvocato coinvolto in un processo contro una casa farmaceutica, per il delitto di violazione del segreto professionale. La Corte ha qui riscontrato una violazione dell'art. 10 Cedu in quanto la ricorrente non aveva diffuso alcuna informazione riservata, ma si era limitata a commentare, su richiesta dei propri clienti, una notizia già pubblicata dalla stampa.

20

L'ABORTO

Nella sentenza *Hoffer e Annen c. Germania*, la Corte europea ha escluso la violazione dell'art. 10 Cedu in relazione alla condanna penale per diffamazione (a una lieve *pena pecuniaria*) di due attivisti contro l'aborto che, in un volantino, avevano paragonato l'interruzione volontaria della gravidanza all'olocausto e avevano quindi dato del nazista al medico che aveva praticato gli interventi abortivi. Peraltro, è bene sottolineare come i giudici europei, nel motivare la loro decisione, abbiano espressamente tenuto conto del contesto storico tedesco, rilevando come il paragone fosse gravemente offensivo nei confronti del sanitario, e giustificasse pertanto una condanna in sede penale (sia pure, lo ribadiamo, alla sola pena pecuniaria).

21

OBBLIGHI DI TUTELA

Nell'anno del 2011 non constano pronunce in merito a tale specifica questione.

D

**LA LIBERTÀ DI RIUNIONE E
ASSOCIAZIONE (ART. 11 CEDU)**

22

**L'AMBITO DI APPLICAZIONE
DELL'ART. 11 CEDU**

L'esercizio della libertà di riunione pacifica e di associazione, riconosciuto dall'art. 11 Cedu, può essere sottoposto a limitazioni da parte delle autorità statali: anche in questo caso, tali restrizioni devono essere «conformi alla legge» e «necessarie in una società democratica» rispetto alla tutela di uno dei controinteressi indicati al § 2 della norma in parola (ovvero, la sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei delitti, la protezione della salute o della morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui).

23

**DIVIETO DI PARTECIPARE A
RIUNIONI O MANIFESTAZIONI
PUBBLICHE**

Tra le pronunce rese dalla Corte europea in tema di art. 11 Cedu, riveste profili di interesse sotto il profilo del diritto penale sostanziale la sentenza *Schwabe e M. G. c. Germania*⁸⁹.

I ricorrenti, due attivisti per i diritti umani, mentre erano in viaggio verso

88. Sent. 15 dicembre 2011, *Mor c. Francia* (ric. n. 28198/09).

89. Sent. 1 dicembre 2011, *Schwabe e M.G. c. Germania* (ric. nn. 8080/08 e 8577/08), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 311.

Heillingendamm, sede del G8 del 2007, venivano arrestati e condotti presso la stazione di polizia locale dove venivano trattenuti per un periodo di cinque giorni sulla base dell'esigenza di *prevenire possibili attentati alla pubblica sicurezza* nell'ambito delle manifestazioni previste in occasione del *summit*.

La Corte europea ha riconosciuto, innanzitutto, una violazione dell'art. 5 Cedu in quanto la privazione della libertà personale dei ricorrenti non poteva ritenersi ragionevolmente necessaria a prevenire il pericolo attuale e concreto che questi commettessero un reato specificamente individuato né ad impedire che i medesimi incitassero altri alla violenza⁹⁰. Ciò posto, essa ha concluso altresì per una violazione dell'art. 11 Cedu affermando che l'illegittima privazione della libertà personale dei ricorrenti aveva determinato la violazione del loro diritto di riunione in quanto essi erano stati privati della possibilità di partecipare al dibattito pubblico sugli effetti della globalizzazione al di fuori dei casi definiti dall'art. 11 Cedu.

90. Per la violazione dell'art. 5 Cedu, sia consentito il rinvio a L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: l'art. 5 Cedu e l'art. 2 Prot. n. 4 Cedu*, in questa *Rivista*, 3-4, 2012.