

**CORTE COSTITUZIONALE**

SERVIZIO STUDI

***BOLLETTINO DI INFORMAZIONE  
SULLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI  
SOVRANAZIONALI EUROPEE***

a cura di  
*Ornella Porchia e Barbara Randazzo*

dicembre 2011



***BOLLETTINO DI INFORMAZIONE  
SULLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI  
SOVRANAZIONALI EUROPEE***



# **LA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI SOVRANAZIONALI EUROPEE**

## **INDICE**

### **CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

<b>1. Le pronunce rese nei confronti dell'Italia .....</b>	<b>13</b>
<b>2. Le pronunce rese nei confronti di altri Paesi</b>	
<b>Art. 3 (Divieto di trattamenti inumani e degradanti) CEDU</b>	
<b>Art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) CEDU</b>	
<b>a) V.C. c. Slovacchia – Quarta sezione – sentenza dell' 8 novembre 2011 (ric. n. 18968/07)</b>	
<i>Violazione dei diritti fondamentali di una ragazza rom di 20 anni che è stata sterilizzata in un ospedale pubblico senza che ne fosse stato acquisito il consenso informato (prima sentenza della Corte su questa questione): violazione dell'art. 3 e dell'art. 8. ....</i>	<i>14</i>
<b>Art. 3 (Divieto di trattamenti inumani e degradanti) CEDU</b>	
<b>Art. 13 (Diritto ad un ricorso effettivo) CEDU</b>	
<b>b) Cocaign c. France – Quinta sezione - sentenza del 3 novembre 2011 (ric. n. 32010/07)</b>	
<i>L'aver trasferito in un reparto disciplinare un detenuto affetto da disturbi mentali non costituisce un trattamento inumano o degradante, ma richiede una possibilità di ricorso sospensivo: non violazione dell'articolo 3 (per il fatto del trasferimento del ricorrente in una cella disciplinare, del suo mantenimento in detenzione delle cure prodigategli) e violazione dell'articolo 13. ....</i>	<i>19</i>
<b>Art. 5 § 1 (Diritto alla libertà e alla sicurezza) CEDU</b>	
<b>Art. 7 § 1 (Nulla poena sine lege) CEDU</b>	
<b>c) O.H. c. Allemagne – Quinta sezione - sentenza del 24 novembre (ricorso n.o 4646/08)</b>	
<i>La Corte constata nuove violazioni della Convenzione in ragione del previgente regime di detenzione, ma valuta positivamente il nuovo esame giudiziario ordinato dalla Corte costituzionale: violazione dell'art. 5 § 1 e violazione dell'art. 7 §1. ....</i>	<i>22</i>
<b>Art. 5 §§1 e 4 (Diritto alla libertà e alla sicurezza) CEDU</b>	
<b>d) A. e altri c. Bulgaria – Quarta sezione – sentenza del 29 novembre 2011 (ric. n. 51776/08)</b>	
<i>Violazione della Convenzione derivante dal collocamento di minori presso dei riformatori: violazione dell'art. 5 § 1 (con riferimento alla ricorrente A) e violazione dell'art. 5 § 4 (con riferimento alla ricorrente B). ....</i>	<i>26</i>

<b>Art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) in combinato disposto con l'art. 14 (Divieto di discriminazioni) CEDU</b>	
<i>e) S.H. e altri c. Austria – Grande Camera – sentenza del 3 novembre 2011 (ricorso n. 57813/00)</i>	
<i>Il divieto di ricorso alla donazione di sperma e di ovuli in vista di una fecondazione in vitro non è contraria a Convenzione.</i> .....	28
<b>Art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) CEDU</b>	
<i>f) Mallah c. Francia – Quinta sezione, sentenza del 10 novembre (ric. n. 29681/08)</i>	
<i>Una condanna con esenzione dalla pena per aver aiutato uno straniero a soggiornare irregolarmente nello Stato non costituisce una violazione della Convenzione: non violazione dell'art. 8.</i> .....	55
<b>Art. 10 (Libertà di espressione) CEDU</b>	
<i>g) Koprivica c. Montenegro - Quarta sezione, sentenza del 22 novembre (ric. n. 41158/09)</i>	
<i>La condanna di un redattore capo a pagare un risarcimento danni di ammontare 25 volte superiore alla sua pensione viola i suoi diritti umani: violazione dell'articolo 10</i> .....	57

## CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

### 1. Inadempimento dello Stato.

**Corte di giustizia (Grande sezione), 15 novembre 2011, causa C-539/09, Commissione sostenuta da Parlamento europeo, Corte dei Conti c. Germania**

*«Inadempimento di uno Stato - Intenzione espressa dalla Corte dei conti di procedere a controlli in uno Stato membro - Rifiuto opposto da detto Stato membro - Poteri della Corte dei conti - Art. 248 CE - Controllo della cooperazione tra le autorità amministrative nazionali in materia di imposta sul valore aggiunto - Regolamento (CE) n. 1798/2003 - Entrate comunitarie - Risorse proprie provenienti dall'imposta sul valore aggiunto».* ..... 63

**Corte di giustizia (Terza sezione), 17 novembre 2011, causa C-496/09, Commissione c. Italia**

*«Inadempimento di uno Stato - Sentenza della Corte che accerta un inadempimento - Mancata esecuzione - Art. 228 CE - Sanzioni pecuniarie».* ..... 66

**Corte di giustizia (Terza sezione), 24 novembre 2011, causa C-379/10, Commissione c. Italia**

*«Inadempimento di uno Stato - Principio generale della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un loro organo giurisdizionale di ultimo grado - Esclusione di qualsiasi responsabilità dello Stato per interpretazione delle norme di diritto o per valutazione di fatti e prove da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado - Limitazione, da parte del legislatore nazionale, della responsabilità dello Stato ai casi di dolo o colpa grave dell'organo giurisdizionale medesimo».* ..... 69

## 2. Politica estera e di sicurezza comune

### **Corte di giustizia (Grande sezione), 16 novembre 2011, causa C-548/09P, Bank Melli Iran c. Consiglio dell'Unione**

*«Impugnazione – Politica estera e di sicurezza comune – Misure restrittive adottate nei confronti della Repubblica islamica dell'Iran allo scopo di impedire la proliferazione nucleare – Congelamento dei capitali di una banca – Mancata notifica della decisione – Fondamento giuridico – Diritti della difesa»*. ..... 71

### **Tribunale (Seconda sezione ampliata), 20 ottobre 2011, causa T-341/07, Jose Maria Sison c. Consiglio, sostenuto da Regno dei Paesi Bassi e da Regno Unito**

*«Politica estera e di sicurezza comune - Misure restrittive adottate nei confronti di talune persone ed entità nell'ambito della lotta contro il terrorismo - Posizione comune 2001/931/PESC e regolamento (CE) n. 2580/2001 - Annullamento di una misura di congelamento dei capitali ad opera di una sentenza Tribunale - Responsabilità extracontrattuale - Violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica che conferisce diritti ai singoli»*. ..... 76

## 3. Cittadinanza - libera circolazione delle persone

### **Corte di giustizia (Grande sezione), 15 novembre 2011, causa C-256/11, Murat Dereci e a. c. Bundesministerium für**

*«Cittadinanza dell'Unione – Diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi familiari di cittadini dell'Unione – Diniego basato sul mancato esercizio del diritto alla libera circolazione del cittadino – Eventuale disparità di trattamento rispetto ai cittadini dell'Unione che abbiano esercitato il diritto alla libera circolazione – Accordo di associazione CEE-Turchia – Art. 13 della decisione del Consiglio di Associazione n. 1/80 – Art. 41 del protocollo addizionale – Clausole di “standstill”»* ..... 79

### **Corte di giustizia (Quarta sezione), 17 novembre 2011, causa C-430/10, Hristo Gaydarov c. Direktor na Glavna direktsia «Ohranitelna politsia» pri Ministerstvo na vatrešnite raboti**

*«Libera circolazione di un cittadino dell'Unione – Direttiva 2004/38/CE – Divieto di lasciare il territorio nazionale a causa di condanna penale in un altro paese – Traffico di stupefacenti – Misura giustificabile da motivi di ordine pubblico»*. ..... 83

### **Corte di giustizia (Quarta sezione), 17 novembre 2011, causa C-434/10, Petar Aladzhov c. Zamestnik direktor na Stolichna direktsia na vatrešnite raboti kam Ministerstvo na vatrešnite raboti**

*«Libera circolazione di un cittadino dell'Unione – Direttiva 2004/38/CE – Divieto di lasciare il territorio nazionale a causa del mancato pagamento di un debito tributario – Provvedimento giustificabile da motivi di ordine pubblico»* ..... 86

## 4. Tutela dei lavoratori (diritto alle ferie)

**Corte di giustizia (Grande sezione), 22 novembre 2011, causa C-214/10, KHS AG c. Winfried Schulte**

*«Organizzazione dell'orario di lavoro – Direttiva 2003/88/CE – Diritto alle ferie annuali retribuite – Estinzione del diritto alle ferie annuali retribuite non godute per causa di malattia allo scadere di un termine previsto dalla normativa nazionale» ..... 89*

**5. Cooperazione giudiziaria in materia civile**

**Corte di giustizia (Quarta sezione), 17 novembre 2011, causa C-412/10, Deo Antoine Homawoo c. GMF Assurances SA**

*«Cooperazione giudiziaria in materia civile - Legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali - Regolamento (CE) n. 864/2007 - Ambito di applicazione razione temporis» ..... 91*

**Corte di giustizia (Prima sezione), 17 novembre 2011, causa C-327/10, Hypoteční banka a.s. c. Udo Mike Lindner**

*«Competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale – Contratto di credito immobiliare concluso da un consumatore avente la cittadinanza di uno Stato membro presso una banca stabilita in un altro Stato membro – Normativa di uno Stato membro che consente, quando il domicilio esatto del consumatore non sia noto, d'intentare un'azione nei suoi confronti dinanzi ad un giudice di tale Stato» ..... 92*

**6. Diritti d'autore, diritti televisivi e trattamento dati personali**

**Corte di giustizia (Terza sezione), 24 novembre 2011, cause riunite C-468/10 e C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) (C-468/10), Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) (C-469/10) c Administración del Estado**

*«Trattamento dei dati personali – Direttiva 95/46/CE – Art. 7, lett. f) – Effetto diretto» ..... 95*

**Corte di giustizia (Terza sezione), 24 novembre 2011, causa C-70/10, Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)**

*«Società dell'informazione – Diritto d'autore – Internet – Programmi “peer-to-peer” – Fornitori di accesso a Internet – Predisposizione di un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche al fine di impedire gli scambi dei file che ledono i diritti d'autore – Assenza di un obbligo generale di sorvegliare le informazioni trasmesse» ..... 98*

**7. Aiuti di Stato**

**Tribunale (Quarta sezione), 8 novembre 2011, causa T-88/09, Idromacchine Srl e a. c. Commissione**

*«Responsabilità extracontrattuale – Aiuti di Stato – Decisione della Commissione di avviare un procedimento di indagine formale – Menzioni lesive di una società terza – Violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica che conferisce diritti ai singoli – Obbligo di rispetto del*



<i>segreto professionale – Danni morali – Danni materiali – Nesso causale – Interessi moratori e compensativi»</i> .....	101
<b>Corte di giustizia (Grande sezione), 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, Commissione e Spagna/Governo di Gibilterra e Regno unito</b>	
<i>«Impugnazione – Aiuti di Stato – Selettività materiale – Regime fiscale – Gibilterra – Società “offshore”»</i> .....	103
<b>Corte di giustizia (Quinta sezione), 24 novembre 2011, causa C-458/09 P, Repubblica italiana, sostenuta da Repubblica di Finlandia c. Commissione</b>	
<i>«Impugnazione – Aiuto concesso dalle autorità italiane alle società recentemente quotate in Borsa – Normativa che prevede agevolazioni fiscali».</i> ...	105
<b>Corte di giustizia (Terza sezione), 17 novembre 2011, causa C-496/09, Commissione c. Italia</b>	
<i>«Inadempimento di uno Stato - Sentenza della Corte che accerta un inadempimento - Mancata esecuzione - Art. 228 CE - Sanzioni pecuniarie».</i> .....	108
<b>8. Libera circolazione dei capitali</b>	
<b>Corte di giustizia (Prima sezione), 10 novembre 2011, causa C-212/09, Commissione c. Repubblica Portoghese</b>	
<i>«Inadempimento di uno Stato – Artt. 43 CE e 56 CE – Libera circolazione dei capitali – Azioni privilegiate (“golden shares”) detenute dallo Stato portoghese nella GALP Energia SGPS SA – Intervento nella gestione di una società privatizzata»</i> .....	108



# CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

a cura di *Barbara Randazzo*

## *Avvertenza*

Nel presente bollettino confluisce soltanto una minima parte della giurisprudenza CEDU resa nei confronti dell'Italia e degli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa che viene selezionata, massimata e tradotta in lingua italiana dal Servizio Studi in collaborazione con altre Istituzioni per l'Archivio CEDU presso il CED della Cassazione disponibile on line all'indirizzo web: <http://www.italgiure.giustizia.it>.

[Per ragioni di uniformità del materiale inserito nella banca dati, ai fini della massimazione ci si attiene il più puntualmente possibile ai testi dei comunicati stampa o ai bollettini predisposti dalla Cancelleria della Corte europea, quando disponibili].



## **1. Le pronunce rese nei confronti dell'Italia**

Non si segnalano pronunce di rilievo nel periodo.

## 2. Le pronunce rese nei confronti di altri Paesi

### Art. 3 (Divieto di trattamenti inumani e degradanti) CEDU

### Art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) CEDU

*a) V.C. c. Slovacchia – Quarta sezione – sentenza dell' 8 novembre 2011 (ric. n. 18968/07)*

**Violazione dei diritti fondamentali di una ragazza rom di 20 anni che è stata sterilizzata in un ospedale pubblico senza che ne fosse stato acquisito il consenso informato (prima sentenza della Corte su questa questione): violazione dell'art. 3 e dell'art. 8.**

*In fatto* - La ricorrente, V.C., era una cittadina slovacca di origine rom nata nel 1980 e residente a Jarovnice (Slovacchia). Il 23 agosto 2000 era stata sottoposta a un intervento di sterilizzazione, mediante legatura delle tube, nell'ospedale di Prešov, posto sotto la direzione del Ministero della Sanità, al quale si era rivolta per far nascere il suo secondo figlio per mezzo di un taglio cesareo. Secondo la ricorrente, dopo la prima fase dell'operazione, i medici l'avevano informata che, se fosse rimasta nuovamente incinta in futuro, il terzo parto avrebbe comportato la morte per lei o per il bambino.

V.C. aveva dunque firmato il modulo con il quale prestava il proprio consenso all'intervento di sterilizzazione, ma affermava di avervi provveduto solamente perché ancora scossa dal dolore del parto (l'esame del documento rivelava una firma tremolante) e perché preoccupata per la propria vita, senza realmente comprenderne le conseguenze e, in particolare, il carattere irreversibile dell'operazione. Inoltre, non era stata informata dell'esistenza di metodi alternativi d'intervento.

La ricorrente sosteneva che la decisione dei medici di sottoporla alla sterilizzazione era dovuta alla sua origine rom, chiaramente indicata nella cartella clinica. Secondo la direzione dell'ospedale, invece, l'intervento era stato effettuato per ragioni cliniche (in particolare, scongiurare una rottura dell'utero) e l'interessata aveva prestato il proprio consenso dopo essere stata informata dei rischi che una terza gravidanza avrebbe comportato.

In seguito all'intervento, la ricorrente subiva ulteriori gravi conseguenze fisiche e psicologiche: tra il 2007 e il 2008 presentava tutti i sintomi di una gravidanza, senza essere realmente incinta (c.d. «gravidanza isterica»), ed veniva presa in cura da uno psichiatra, al quale rivelava di continuare a soffrire per l'operazione. Inoltre, era stata espulsa dalla

comunità rom ed era addivenuta a un divorzio dal marito, per il quale una delle cause era proprio l'infertilità.

Nel gennaio 2003, il Centro per il diritto alla riproduzione e il Centro per i diritti civili e per i diritti dell'uomo pubblicavano un rapporto intitolato «Corpo e anima: sterilizzazioni forzate e altre lesioni al diritto alla riproduzione dei rom in Slovacchia», a seguito del quale venivano aperti diversi processi – oltre a un'inchiesta penale che, però, si concludeva senza alcuna incriminazione – e anche V.C. intraprendeva sia un'azione civile, sia una procedura costituzionale, lamentando che il personale dell'ospedale di Prešov l'aveva indotta con l'inganno a consentire alla sterilizzazione e domandando delle scuse ufficiali e il risarcimento dei danni.

Tanto la domanda civile, quanto il ricorso costituzionale erano stati rigettati nel maggio 2006: l'intervento sarebbe stato necessario e comunque effettuato nel rispetto della normativa e con il consenso dell'interessata.

V.C. presentava allora ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando di essere stata sterilizzata senza il suo consenso e sostenendo che l'inchiesta svolta dalle autorità slovacche sul caso non fosse stata affatto approfondita, equa ed effettiva. Affermava, inoltre, che la sua origine etnica aveva avuto un ruolo cruciale nella sterilizzazione e, a tal proposito, presentava diverse pubblicazioni che dimostravano come il regime comunista in Cecoslovacchia avesse intrapreso una politica di sterilizzazione forzata delle donne rom all'inizio degli anni Settanta (secondo uno studio, il 60% delle sterilizzazioni operate tra il 1986 e il 1987 nel distretto di Prešov concerneva donne rom): è alla luce di questa politica e del generale contesto di forte ostilità verso i rom che, secondo la ricorrente, doveva essere valutato il suo caso. Sarebbero quindi stati violati l'art. 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti), l'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), l'art. 12 (diritto al matrimonio), l'art. 13 (diritto a un ricorso effettivo) e l'art. 14 (divieto di discriminazione).

Secondo il governo, invece, le cure mediche in Slovacchia venivano effettuate nello stesso modo per tutte le donne. In particolare, un rapporto del maggio 2003 dimostrava che tutti i casi di sterilizzazione erano giustificati da ragioni mediche e, inoltre, il tasso di sterilizzazione delle donne in Slovacchia (lo 0,1% della popolazione femminile) era assai inferiore a quello degli altri Paesi europei (nei quali si attesta tra il 20 e il 40%). Certamente, come rilevato anche da diversi esperti, vi erano lacune nella normativa e nella prassi, soprattutto relative all'asimmetria informativa tra i pazienti e il personale sanitario, che nei fatti limita il diritto al consenso informato, ma per questo sarebbero state adottate misure specifiche, come la

sensibilizzazione dei medici rispetto alle differenze culturali e la creazione di una rete di sanitari dedicati appositamente ai campi rom.

*In diritto - Articolo 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti)*

a) *Trattamenti inumani.* La Corte ha ritenuto che la sterilizzazione rappresenti una delle maggiori ingerenze nella salute di una persona, perché mette in gioco diversi aspetti dell'integrità personale (il benessere fisico e mentale, la vita emozionale, spirituale e familiare), e che richieda il consenso informato di tutti i pazienti, purché adulti e capaci d'intendere e di volere, come previsto anche da diverse fonti internazionali, tra cui la Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina, ratificata dalla Slovacchia nel dicembre 1999 e in vigore in quel Paese al tempo dei fatti.

Dai documenti si evinceva che la ricorrente – adulta e capace d'intendere e di volere – non ha ricevuto informazioni complete sul suo stato di salute, sulle conseguenze e i rischi dell'intervento e sull'esistenza di eventuali metodi di cura alternativi, e anzi era stata spinta a firmare un modulo sotto la pressione di un pericolo di vita, prospettatole dai medici, ma per nulla attuale.

La Corte ha quindi ritenuto che i medici si siano comportati in maniera paternalista, ponendo la ricorrente di fronte a una scelta senza alternative e senza darle il tempo di riflettervi e di consultarsi con il marito.

La sterilizzazione di V.C., anche per il modo in cui le è stato chiesto di acconsentire, è stata tale da risvegliare in lei dei sentimenti di paura, angoscia e inferiorità e le sofferenze che ne sono derivate hanno avuto delle ripercussioni gravi e durature sulla sua salute fisica e psicologica, oltre che sulle sue relazioni con il marito e la comunità rom. Anche se non vi sono prove che i medici abbiano maltrattato intenzionalmente la ricorrente, non c'è dubbio che questi le abbiano mancato clamorosamente di rispetto, negandole la possibilità di una scelta autonoma e consapevole e, per questo, la Corte ha giudicato sussistente la violazione dell'art. 3 CEDU.

b) *Inchiesta sulle accuse di trattamenti inumani.* I giudici di Strasburgo hanno osservato che la ricorrente ha avuto la possibilità di agire contro il personale ospedaliero sia in sede civile, sia per mezzo di una procedura costituzionale, e che questi ricorsi sono stati esaminati entro tempi relativamente brevi. La ricorrente, inoltre, non ha cercato di ottenere l'apertura di un'inchiesta penale sul suo caso, nonostante ne avesse la possibilità.



La Corte ha quindi escluso che vi sia stata violazione dell'art. 3 CEDU per il carattere inadeguato dell'inchiesta svolta.

*Articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare).* La Corte ha ritenuto che non fosse necessario valutare se la sterilizzazione della ricorrente avesse comportato una lesione del suo diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, ma hanno giudicato che la Slovacchia non ha adempiuto all'obbligo, gravante su di essa in forza di questa disposizione, di garantire che la salute e la capacità riproduttiva della ricorrente non venisse lesa a causa della sua origine rom.

Sia il Commissario per i diritti dell'Uomo del Consiglio d'Europa, sia la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza hanno segnalato gravi lacune nella normativa e nella prassi slovacche relativa alla sterilizzazione, che mettevano in pericolo soprattutto la comunità rom, già penalizzata in quel Paese sotto molti profili. Gli stessi esperti citati dal governo slovacco hanno constatato – nel rapporto del 2003 – che vi erano delle mancanze nei servizi sanitari forniti ai rom, relative in particolare al rispetto della normativa sulle sterilizzazioni.

Quanto alla situazione della ricorrente, la Corte ha ritenuto che il fatto che la cartella clinica si riferisse semplicemente alla sua origine etnica, senza ulteriori precisazioni, rivelava l'esistenza di pregiudizi da parte del personale dell'ospedale.

Una nuova normativa – la riforma sanitaria del 2004 – era stata introdotta proprio per eliminare le carenze riscontrate: la nuova legge enumerava i presupposti per la sterilizzazione (una domanda e un consenso scritti, un'informativa sugli altri metodi contraccettivi, sulle tecniche di controllo delle nascite e sulle conseguenze dell'intervento) e l'operazione non poteva essere compiuta prima che fossero trascorsi trenta giorni dalla manifestazione del consenso.

Queste modifiche, però, non riguardavano la ricorrente, perché entrate in vigore dopo l'intervento che l'ha interessata.

La Corte ha quindi giudicato che vi fosse violazione dell'art. 8, consistente nel non aver garantito che, al momento della sterilizzazione della ricorrente, fossero approntate tutte le misure volte a tutelarne la salute e la capacità riproduttiva.

*Articolo 12 (diritto al matrimonio).* La Corte ha ritenuto che non fosse necessario valutare se i fatti in questione – e in particolare le gravi conseguenze sulla vita privata e familiare della

ricorrente – abbiano comportato una violazione del diritto di V.C. a sposarsi e formare una famiglia.

*Articolo 13 (diritto a un ricorso effettivo).* La ricorrente ha avuto la possibilità di far esaminare la sua causa dai giudici in due diversi gradi di giudizio, oltre che dalla Corte costituzionale, e avrebbe potuto instaurare un procedimento penale. Inoltre, l'art. 13 CEDU non può essere interpretato come se imponesse la possibilità di ricorrere contro una legge nazionale per censurare la mancanza delle garanzie appropriate per tutelare la salute della ricorrente. La Corte ha dunque escluso che vi sia stata violazione dell'art. 13 CEDU.

*Articolo 14 (divieto di discriminazione).* La Corte ha reputato che non fosse necessario valutare la sussistenza di una discriminazione ai sensi dell'art. 14, perché le informazioni di cui disponeva non erano sufficienti a dimostrare che i medici avessero agito con mala fede, per motivi razziali o addirittura nel quadro di una politica generale di sterilizzazione dei rom. La Corte ha ricordato inoltre che le gravi lacune nella normativa e nella prassi relativa alla sterilizzazione, segnalate da organi internazionali ed esperti nazionali, che potevano danneggiare soprattutto i membri della comunità rom erano già state considerate come violazioni dell'art. 8 CEDU e che questo offriva una protezione sufficiente alla ricorrente.

*Articolo 41:* La Corte ha condannato la Slovacchia a risarcire alla ricorrente 31.000 euro a titolo di danni morali e 12.000 euro per le spese legali.

*Opinione dissenziente.* Il giudice Mijović ha espresso un'opinione dissenziente (che è allegata alla sentenza).

### **Art. 3 (Divieto di trattamenti inumani e degradanti) CEDU**

### **Art. 13 (Diritto ad un ricorso effettivo) CEDU**

#### ***b) Cocaign c. France – Quinta sezione - sentenza del 3 novembre 2011 (ric. n. 32010/07)***

**L'aver trasferito in un reparto disciplinare un detenuto affetto da disturbi mentali non costituisce un trattamento inumano o degradante, ma richiede una possibilità di ricorso sospensivo: non violazione dell'articolo 3 (per il fatto del trasferimento del ricorrente in una cella disciplinare, del suo mantenimento in detenzione delle cure prodigategli) e violazione dell'articolo 13.**

*In fatto* - Il ricorrente, il sig. Nicolas Cocaign, è un cittadino francese, nato nel 1971 e attualmente detenuto nella casa di reclusione di Fresnes (Francia).

Ricoverato più volte in ospedale a causa di disturbi psichici gravi e incarcerato per tentativo di stupro, il ricorrente uccise a calci, pugni e con delle forbici il suo compagno di cella, poi aprì il suo torace e mangiò una parte dei suoi polmoni, nella notte fra il 2 e il 3 gennaio 2007, nella casa di reclusione di Rouen. Egli fu trasferito nella casa di reclusione di Bois d'Arcy e posto in isolamento.

Due procedimenti, disciplinare e penale, furono avviati. Il 17 gennaio 2007, la commissione di disciplina della casa di reclusione di Bois d'Arcy lo condannò a 45 giorni di cella disciplinare per fatti di violenza fisica nei confronti di un compagno di cella. Il 18 gennaio 2007, il direttore della casa di reclusione di Rouen chiese il ricovero ospedaliero d'ufficio del ricorrente al Prefetto di Yvelines, che accolse la richiesta ordinando il ricovero d'ufficio del ricorrente nell'unità per malati difficili di Villejuif. Il 14 febbraio, un medico ospedaliero concluse che lo stato di salute del ricorrente non giustificava più il mantenimento della misura di ospedalizzazione d'ufficio. Il Prefetto ordinò il suo ritorno a Bois d'Arcy dove egli finì di scontare la sanzione disciplinare.

Nel frattempo, il 1° febbraio 2007, il ricorrente aveva proposto ricorso alla direzione generale dei servizi penitenziari contro la decisione disciplinare. Con una decisione del 26 febbraio 2007, il direttore regionale confermò la sanzione. Il 26 aprile 2007, il ricorrente promosse davanti al tribunale amministrativo di Melun un ricorso per eccesso di potere contro questa decisione.

Parallelamente, il ricorrente fu sottoposto a inchiesta per omicidio volontario premeditato e attentato all'integrità di un cadavere dal giudice istruttore di Rouen. Il 4 ottobre 2007, due esperti psichiatri conclusero nel senso della perdita totale di discernimento del ricorrente al momento dei fatti e della sua irresponsabilità per l'omicidio e gli atti di cannibalismo. Il 17 novembre, altri due esperti psichiatri precisarono che il ricorrente non era affetto, al momento dei fatti, da un disturbo psichico che avesse potuto sopprimere il suo discernimento, ma gli esperti ritennero che vi fosse stata l'"alterazione del discernimento" nel senso dell'art. 122.1 alinea 1 del codice penale.

Il 15 novembre 2008, una controperizia, svolta da tre psichiatri, concluse che al momento dei fatti addebitatigli il soggetto aveva il giudizio alterato e che il controllo dei suoi atti era impedito, nel senso del medesimo articolo. Il 26 febbraio 2009, nel quadro di un'altra perizia, si concluse che il ricorrente non aveva né discernimento né il controllo dei suoi atti al momento dei fatti addebitatigli.

Il 14 maggio 2009, il ricorrente fu rinviato davanti alla Corte d'assise per atti di tortura, di barbarie e di omicidio volontario. Con una decisione del 24 giugno 2010, la Corte d'assise lo condannò ad una pena di 30 anni di reclusione criminale e ad una misura di sicurezza di 20 anni. La Corte accompagnò la condanna con un ordine di cura per otto anni.

Invocando l'articolo 6 § 1, il ricorrente lamentava che la decisione disciplinare presa nei suoi riguardi aveva violato i suoi diritti, garantiti dalle disposizioni di tale articolo. Invocando l'articolo 3, sosteneva che il suo collocamento in cella disciplinare per 45 giorni costituiva un trattamento inumano e degradante, tenuto conto della sua patologia psichiatrica, ma anche che il suo attuale mantenimento in detenzione costituiva un trattamento inumano. Infine, invocando l'articolo 13, egli lamentava di non aver potuto far esaminare da un giudice la sua censura relativa alla sanzione disciplinare che gli era stata inflitta e che ha attentato alla sua dignità umana.

*In diritto - Articolo 6 § 1 (diritto ad un processo equo).* La Corte ricorda di avere già stabilito che l'articolo 6 § 1 della Convenzione non è applicabile al procedimento disciplinare penitenziario.

*Articolo 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti).* Il ricorrente sostiene che, al di là del seguito medico propriamente detto, la sanzione disciplinare di 45 giorni è totalmente

inadeguata alla natura dei fatti che gli sono addebitati, che certi trattamenti violano l'articolo 3 per il fatto di essere inflitti a una persona che soffre di disturbi mentali. Infine, egli sostiene che il suo mantenimento in detenzione costituisce un trattamento inumano.

Con riguardo ai detenuti affetti da malattia mentale, la Corte ricorda che il trattamento inflitto ad un malato mentale può trovarsi ad essere incompatibile con le norme imposte dall'articolo 3 per ciò che concerne la protezione della dignità umana, quand'anche tale persona non sia in grado di formulare la sua censura. Essa osserva che la durata del collocamento in un reparto disciplinare, al quale il ricorrente era stato sottoposto – 4 giorni di isolamento, cioè la durata massima, attualmente ridotta dalla legge penitenziaria a 30 giorni per fatti di violenza fisica – era particolarmente lunga. Tuttavia, la Corte prende atto che all'indomani della applicazione della sanzione disciplinare, il direttore del carcere chiese il ricovero d'ufficio in ospedale, che fu disposto quattro giorni più tardi. L'ospedalizzazione è durata tre settimane e il ritorno in cella disciplinare non è stato deciso che dopo le cure adeguate. Il resto della pena disciplinare è stato scontato sotto sorveglianza medica.

La Corte stima che non è possibile dedurre dalla sola malattia del ricorrente che il suo collocamento in cella disciplinare e l'esecuzione di tale sanzione potessero costituire un trattamento e una pena inumani e degradanti, contrari all'articolo 3. Essa considera d'altra parte che l'attuale mantenimento in detenzione del ricorrente è accompagnato da una presa in carico medica appropriata, di modo che esso non costituisce una prova di intensità tale da eccedere il livello inevitabile di sofferenza inerente alla detenzione.

*Articolo 13 (diritto ad un ricorso effettivo).* Per ciò che riguarda la doglianza del ricorrente perché non ha potuto fare esaminare da un giudice il suo ricorso relativo alla sanzione disciplinare che gli è stata inflitta, la Corte ricorda di avere già constatato che, se un ricorso è previsto dall'articolo D 250-5 del codice di procedura penale, questo non ha però effetto sospensivo, mentre la sanzione del collocamento in cella disciplinare è in genere immediatamente messa in esecuzione (causa Payet, §§ 131-134). Il ricorso al giudice (*récursois en référé*), in questo campo, è stato sancito solo dalla legge penitenziaria del 24 novembre 2009, dopo i fatti di questa causa. Pertanto, essa conclude che vi è violazione dell'articolo 13.

*Articolo 41:* Per ciò che riguarda l'equa soddisfazione, la Corte afferma che l'accertamento della violazione dell'articolo 13 fornisce in sé una equa soddisfazione sufficiente per il danno morale subito dal ricorrente.

**Art. 5 § 1 (Diritto alla libertà e alla sicurezza) CEDU**

**Art. 7 § 1 (Nulla poena sine lege) CEDU**

***c) O.H. c. Allemagne – Quinta sezione - sentenza del 24 novembre (ricorso n.o 4646/08)***

**La Corte constata nuove violazioni della Convenzione in ragione del previgente regime di detenzione, ma valuta positivamente il nuovo esame giudiziario ordinato dalla Corte costituzionale: violazione dell'art. 5 § 1 e violazione dell'art. 7 §1.**

*In fatto* - Il ricorrente, O.H., è un cittadino tedesco nato nel 1952 e attualmente in stato di detenzione di sicurezza nella prigione di Straubing. Nell'aprile 1987, dopo essere stato condannato più volte in precedenza, egli fu ritenuto colpevole dal tribunale regionale di Monaco I di due tentativi di omicidio e condannato a nove anni di carcere. Il tribunale ordinò inoltre che venisse posto in detenzione di sicurezza. Benché avessero constatato che il sig. H. soffriva di un disturbo della personalità, gli esperti psichiatri e neurologi consultati dal tribunale stimarono che tale problema non fosse sufficientemente grave da essere qualificato come patologico. Il tribunale concluse che, quando aveva commesso i fatti in questione, il sig. H. era pienamente responsabile dal punto di vista penale.

Nel novembre 1996, dopo avere scontato l'intera pena detentiva, il sig. H fu posto in detenzione di sicurezza in due stabilimenti psichiatrici diversi, come aveva ordinato il tribunale regionale di Ratisbona. Tuttavia, nel 1999, quest'ultimo ordinò che la detenzione di sicurezza si effettuasse in carcere e non in stabilimenti psichiatrici, avendo l'interessato persistito nel rifiutare tutte le terapie proposte ed essendo stato dall'aprile 1999 detenuto in un'ala distinta del carcere di Straubing riservata alle persone poste in detenzione di sicurezza. Nell'ottobre 2006, il tribunale regionale di Ratisbona, in qualità di preposto all'esecuzione delle pene, ordinò che il sig. H. fosse mantenuto in detenzione di sicurezza dopo il mese di novembre 2006, una volta passati dieci anni in cui era stato sottoposto a tale regime detentivo, per il motivo che egli avrebbe rischiato di commettere nuove gravi infrazioni se fosse stato liberato. Il ricorso presentato dal sig. H. contro questa decisione fu rigettato e, il 23 luglio 2007, la Corte costituzionale federale rifiutò di esaminare il suo ricorso costituzionale (dossier n° 2 BvR 241/07). I tribunale si erano basati sull'articolo 67 d § 3 del codice penale, come modificato nel 1998. In forza di tale disposizione, applicabile anche ai detenuti la cui

detenzione di sicurezza era stata ordinata prima di detta modifica, la durata del primo periodo di detenzione di sicurezza di un condannato poteva essere prolungata indefinitamente. Questo articolo, nella versione in vigore alla data del fatto commesso dal sig. H. e della sua condanna, prevedeva che il primo periodo di detenzione di sicurezza non potesse durare più di dieci anni. Invocando gli articoli 5 § 1 (diritto alla libertà e alla sicurezza) e 7 § 1 (*nulla poena sine lege*), il sig. H. denunciò il prolungamento, attraverso l'applicazione retroattiva di una legge, della sua detenzione di sicurezza al di là del termine massimo di dieci anni autorizzato dal diritto tedesco alla data del fatto da lui commesso.

*In diritto - Articolo 5 § 1.* La detenzione di sicurezza del sig. H. non ha potuto essere prolungata al di là del termine massimo di dieci anni autorizzato alla data della sua condanna se non in base alla modifica del codice penale tedesco intervenuta successivamente, nel 1998. Da un punto di vista cronologico, la causa O.H. fa seguito alla sentenza *M. contro Germania* (ric. 19359/04, sentenza della Camera del 17 dicembre 2009), nella quale la Corte ha giudicato che la detenzione di sicurezza di un carcerato al di là dei dieci anni autorizzati non era giustificata. La Corte non vede alcuna ragione per discostarsi da tale conclusione. Essa stima che non vi sia nesso di causalità sufficiente fra la condanna del sig. H. da parte della giurisdizione di cognizione e la privazione di libertà continua costituita dalla sua detenzione di sicurezza al di là di dieci anni, così da rendere riferibile tale misura all'articolo 5 § 1 a) come «detenzione a seguito di condanna».

La Corte deve parimenti esaminare se la detenzione di sicurezza del sig. H. è giustificata alla luce dell'articolo 5 § 1 e) in quanto detenzione di un «alienato». Essa nota che, anche supponendo che potesse intendersi che i tribunali tedeschi avessero stabilito la realtà del disturbo mentale di cui soffre il sig. H., costui era in carcere nel corso del procedimento, e continua d'esserlo da allora, in un'ala separata del carcere di Straubing destinato alle persone in detenzione di sicurezza. Secondo la giurisprudenza della Corte, l'internamento per ragioni di salute mentale non è legale se esso non ha luogo in un ospedale, una clinica o un altro stabilimento adeguato. Ora la Corte non è convinta che, nel carcere di Straubing, il sig. H. si veda proporre un ambiente terapeutico adatto ad una persona detenuta in quanto alienata.

Non perché il sig. H. rifiuta di essere curato le autorità non devono offrirgli un ambiente medico adatto al suo stato. A questo riguardo, la Corte condivide in particolare il ragionamento della Corte costituzionale federale tedesca nella sua sentenza di principio resa il 4 maggio 2011 sul prolungamento retroattivo della detenzione di sicurezza. L'alta giurisdizione ha sottolineato che, in virtù tanto della Costituzione tedesca che della

Convenzione, ogni persona in detenzione di sicurezza deve essere trattata con la più grande cura. Essa ha egualmente giudicato che i detenuti devono vedersi offrire una terapia individualizzata se le terapie standard nell'ambito dello stabilimento non hanno alcuna chance di successo. Non essendo stato proposto al sig. H alcun trattamento adeguato, la sua detenzione non può ricadere nell'ambito dell'articolo 5 § 1 e). Quanto all'argomento tratto dal Governo tedesco dalla circostanza che il mantenimento del sig. H in detenzione di sicurezza è stato disposto per il motivo che vi era sempre un rischio che egli commettesse delle infrazioni gravi, la Corte sottolinea che la Convenzione non permette a uno Stato di proteggere le vittime potenziali di fatti delittuosi attraverso misure che, in se stesse, violano i diritti convenzionali del loro autore putativo. Vi è dunque violazione dell'articolo 5 § 1 nel caso del sig. H.

*Articolo 7 § 1.* La Corte non vede alcuna ragione per discostarsi dalle proprie conclusioni raggiunte nella causa *M. c. Germania*, secondo le quali la detenzione di sicurezza prevista dal codice penale tedesco, essendo disposta dai giudici penali a seguito di una condanna per un reato e comportando essa una privazione di libertà, deve essere qualificata come "pena" nel senso dell'articolo 7 § 1. Alla data della condanna del sig. H e dell'ordine di porlo in detenzione di sicurezza, l'adozione di una tale misura significava che egli poteva essere mantenuto in detenzione di sicurezza per una durata massima di 10 anni. Successivamente, la sua detenzione di sicurezza è stata prolungata attraverso l'applicazione retroattiva del codice penale come modificato nel 1998, dunque di un testo entrato in vigore dopo il fatto da lui commesso.

Talune piccole differenze nel regime di detenzione in rapporto ad un carcerato ordinario che sconta la pena non possono, agli occhi della Corte, nascondere il fatto che non vi era differenza sostanziale fra l'esecuzione di una pena detentiva e la detenzione di sicurezza del sig. H. A questo riguardo, la Corte si riferisce nuovamente alla pronuncia di principio resa di recente dalla Corte costituzionale federale tedesca, nella quale questa ha giudicato le disposizioni del codice penale tedesco in materia di detenzione di sicurezza non conformi alle disposizioni costituzionali che impongono una differenza di regime fra la detenzione di sicurezza e la detenzione nel quadro di una pena carceraria. Vi è dunque violazione dell'articolo 7 § 1.



*Articolo 46 (forza obbligatoria ed esecuzione delle sentenze).* La Corte osserva che, dopo le pronunce da essa rese nella causa *M. c. Germania* e in varie altre cause che vi hanno fatto seguito, la Corte costituzionale federale tedesca, nella sua pronuncia di principio del 4 maggio 2011, ha giudicato che l'insieme delle disposizioni sulla base delle quali alcune detenzioni di sicurezza erano state prolungate retroattivamente erano incompatibili con la Legge fondamentale tedesca. L'alta giurisdizione ha parimenti ordinato che i tribunali incaricati dell'esecuzione delle pene dovevano riesaminare senza ritardo la detenzione delle persone la cui detenzione di sicurezza, come per il sig. H., era stata prolungata retroattivamente. I tribunali sono chiamati a esaminare se le persone interessate rischiano di commettere i crimini più gravi, e, inoltre, se esse soffrono di disturbi mentali nel senso delle pertinenti disposizioni della nuova legge tedesca sulle terapie in detenzione, entrata in vigore nel gennaio 2011. Sulla nozione di "disturbo mentale", la Corte costituzionale si è espressamente riferita all'interpretazione della Convenzione tratta dalla giurisprudenza della Corte europea. Se tali condizioni non sono soddisfatte, i detenuti nella situazione del sig. H. dovranno essere liberati al più tardi il 31 dicembre 2011. La Corte stima che con questa decisione la Corte costituzionale ha dato esecuzione nell'ordinamento giuridico interno alle conclusioni tratte dalla stessa Corte europea nella sua giurisprudenza sulla detenzione di sicurezza in Germania. Ponendo ai tribunali nazionali un termine relativamente breve per il riesame della detenzione di sicurezza continua delle persone interessate, l'alta giurisdizione ha proposto una soluzione adeguata per mettere fine alle violazioni continue della Convenzione. La Corte non giudica dunque necessario indicare alla Germania misure specifiche che si imporrebbero nel quadro dell'esecuzione della sentenza O.H. Essa sottolinea tuttavia che il nuovo esame giudiziario ordinato dal giudice costituzionale tedesco non riguarda la detenzione di sicurezza del sig. H. nel passato. Essa stima dunque che non vi è luogo a proseguire nell'esame della causa.

*Articolo 41:* la Corte stabilisce che la Germania deve versare 20.000 euro al sig. H. a titolo di danno morale.

*Opinione dissenziente.* Il giudice Zupančič ha espresso un'opinione dissenziente il cui testo è allegato alla sentenza.

## **Art. 5 §§1 e 4 (Diritto alla libertà e alla sicurezza) CEDU**

*d) A. e altri c. Bulgaria – Quarta sezione – sentenza del 29 novembre 2011 (ric. n. 51776/08)*

**Violazione della Convenzione derivante dal collocamento di minori presso dei riformatori: violazione dell'art. 5 § 1 (con riferimento alla ricorrente A) e violazione dell'art. 5 § 4 (con riferimento alla ricorrente B).**

*In fatto* - Le ricorrenti, A., B., C., D. ed E., erano cittadine bulgare, nate nel 1991, nel 1992 e nel 1994, che all'epoca dei fatti risiedevano a Podem, in Bulgaria. Avendo tenuto dei comportamenti «antisociali» (fughe da casa, assenteismo scolastico, vagabondaggio, prostituzione) erano state collocate in riformatorio, in applicazione della legge bulgara del 1958 sulla lotta contro i comportamenti antisociali dei minori. Due di loro, in passato, erano già state inviate l'una in un «centro per bambini in crisi», l'altra in una «casa di accoglienza temporanea per minori».

La citata legge del 1958 prevedeva una serie di misure educative applicabili ai minori che manifestano un comportamento antisociale, pericoloso per la collettività, contrario alla legge o immorale, la più severa delle quali consisteva proprio nel collocamento presso un riformatorio e poteva essere presa solamente quando quelle meno gravose (ammonimento, sorveglianza speciale da parte dei genitori o di educatori, divieto di frequentare certi luoghi o certe persone) si fossero rivelate insufficienti, oppure quando il minore viveva in un ambiente familiare inadatto ad assicurarne l'educazione.

Il collocamento in riformatorio era un regime particolarmente restrittivo, nel quale il minore veniva sottoposto a una sorveglianza costante, caratterizzata anche dal divieto di allontanarsi senza autorizzazione e senza un accompagnatore.

Nei cinque casi esaminati dalla Corte, la decisione di collocare le ragazze nel riformatorio è stata presa dal tribunale distrettuale competente, seguendo la procedura prevista dalla legge, a seguito alla richiesta della commissione locale per la lotta contro i comportamenti antisociali di minori.

Le motivazioni offerte dal tribunale si appuntavano soprattutto sulla condotta delle ragazze e sul contesto familiare: le ricorrenti fuggivano di frequente dalla casa dei genitori o dei nonni, che non erano più in grado di controllare le loro attività e di assicurare la loro

educazione, erano spesso assenti da scuola e si dedicavano al vagabondaggio e alla prostituzione.

Inoltre, prima di essere collocate in riformatorio, A. era stata inviata in un centro per bambini in crisi, per decisione della direzione municipale per l'assistenza sociale, mentre B. era stata portata per due volte presso una casa di accoglienza temporanea per minori, la prima su richiesta della commissione locale per la lotta contro i comportamenti antisociali, la seconda per decisione del procuratore.

Le cinque minori lamentavano che il loro collocamento in riformatorio costituiva una pena - in particolare, una misura restrittiva della libertà personale - e non una misura educativa.

Inoltre, A. affermava di essere stata rinchiusa nel centro per bambini in crisi in esecuzione della decisione presa da un'autorità priva della necessaria competenza, mentre B. protestava di non aver potuto ricorrere a un giudice per sottoporre la decisione di collocarla in una casa di accoglienza temporanea per minori al suo controllo.

*In diritto - Articolo 5 § 1 (diritto alla libertà e alla sicurezza).* Per quanto riguarda il collocamento dei cinque minori in riformatorio, la Corte ha rilevato che la legge bulgara non definiva in maniera precisa il concetto di «comportamento antisociale», né forniva un elenco esaustivo dei comportamenti considerati pericolosi per la comunità. Tuttavia, nella giurisprudenza dei tribunali bulgari, la fuga da casa, l'assenteismo scolastico, il vagabondaggio e la prostituzione erano generalmente considerati come comportamenti antisociali, suscettibili di condurre al collocamento in riformatorio.

Tenendo conto delle condizioni di vita e della durata della permanenza delle cinque minori in quelle strutture (A., che vi è rimasta meno delle altre, vi ha trascorso ben sette mesi), la Corte ha ritenuto che le ricorrenti siano state effettivamente private della loro libertà.

Tuttavia, la misura era stata presa solo dopo che altri sistemi educativi, meno restrittivi, si erano rivelati inefficaci ed era stata adottata al fine di offrire alle minori un ambiente più sicuro e un'educazione più rigorosa. Sebbene nello stesso riformatorio vi fossero anche minori che avevano commesso reati, nei casi in esame le autorità non aveva perseguito alcuno scopo punitivo. La collocazione delle cinque ricorrenti in riformatorio, quindi, rientrava nell'ipotesi prevista dall'art. 5 § 1, lett. d), che consente la detenzione di un minore a fini educativi e per questo il relativo ricorso è irricevibile.

*Articolo 5 § 1 (diritto alla libertà e alla sicurezza).* La Corte ha giudicato che A., trattenuta per circa nove mesi in un centro per l'infanzia in crisi in esecuzione di una decisione della direzione municipale per l'assistenza sociale, sia stata privata della sua libertà in palese violazione della stessa legge bulgara, che attribuiva la competenza ad adottare simili provvedimenti solo al tribunale distrettuale. La Corte ha quindi ritenuto sussistente la violazione dell'art. 5 § 1.

*Articolo 5 § 4 (diritto a un controllo in tempi brevi sulla legittimità della detenzione)* – per quanto riguarda il collocamento (per due volte) della minore B. in una casa di accoglienza temporanea per minori, la Corte ha osservato che la struttura era gestita dal Ministero dell'Interno e presentava caratteristiche simili a quelle di un carcere e, per questo, ha concluso che la libertà della minore era stata sottoposta a restrizioni. Rilevando poi che la legge bulgara non prevedeva alcun ricorso innanzi a un tribunale per sottoporre tale decisione a un controllo di legittimità, ha giudicato sussistente la violazione dell'art. 5 § 4.

*Articolo 41:* la Corte ha condannato la Bulgaria a risarcire i danni morali subiti da A. (6.000 euro) e B. (1.000), oltre a euro 356 ciascuno per le spese legali.

**Art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) in combinato disposto con l'art. 14 (Divieto di discriminazioni) CEDU**

*e) S.H. e altri c. Austria – Grande Camera – sentenza del 3 novembre 2011 (ricorso n. 57813/00)*

**Il divieto di ricorso alla donazione di sperma e di ovuli in vista di una fecondazione in vitro non è contraria a Convenzione.**

*[Traduzione integrale della sentenza a cura del Ministero della Giustizia]*



**Ministero della Giustizia**  
**Dipartimento per gli Affari di Giustizia**  
**Direzione Generale del Contenzioso e dei Diritti Umani**  
**Ufficio II**

Traduzione a cura del Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, eseguita dalla dott.ssa Concetta Argirò, assistente linguistico

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

GRANDE CAMERA

**CAUSA S.H. ED ALTRI c. AUSTRIA**

*(Ricorso n. 57813/00)*

SENTENZA

STRASBURGO

3 novembre 2011

*La presente sentenza è definitiva. Può subire modifiche di forma.*

## **Nella causa S.H. ed altri c. Austria,**

La Corte europea dei diritti dell'uomo, riunita in una Grande Camera, composta da:

Jean-Paul Costa, *presidente*,

Nicolas Bratza,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Elisabeth Steiner,

Elisabet Fura,

Danutė Jočienė,

Ján Šikuta,

Dragoljub Popović,

Ineta Ziemele,

Päivi Hirvelä,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Ledi Bianku,

Nona Tsotsoria,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi,

Vincent A. de Gaetano, *giudici*,

e da Michael O'Boyle, *cancelliere aggiunto*,

Dopo aver deliberato in camera di consiglio il 23 febbraio 2011 e il 5 ottobre 2011,

Rende la seguente sentenza, adottata in quest'ultima data:

## **PROCEDURA**

1. All'origine della causa vi è un ricorso (n. 57813/00) proposto contro la Repubblica d'Austria con il quale quattro cittadini austriaci, sig.ra S.H., sig. D.H., sig.ra H. E.-G. e sig. M.G. ("i ricorrenti"), hanno adito la Corte l'8 maggio 2000 ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("la Convenzione"). Il Presidente della Grande Camera accoglie la richiesta dei ricorrenti di non rivelare i loro nomi (articolo 47 § 3 del regolamento della Corte).

2. I ricorrenti sono stati rappresentati da H.F. Kinz e W.L. Weh, entrambi avvocati a Bregenz. Il Governo austriaco ("il Governo") è rappresentato dal proprio Agente, l'Ambasciatore H. Tichy, Capo del Dipartimento di Diritto Internazionale del Ministero degli Affari Europei e Internazionali.

3. I ricorrenti lamentavano in particolare che le disposizioni della legge austriaca sulla procreazione assistita che vieta la donazione di ovuli e di sperma per la fecondazione in vitro, l'unica tecnica medica con la quale essi avrebbero potuto concepire un bambino, violavano i loro diritti riconosciuti dall'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14.

4. Il ricorso è stato assegnato alla Prima Sezione della Corte (articolo 52 § 1 del regolamento). Il 15 novembre 2007 è stato dichiarato parzialmente ricevibile da una Camera di detta Sezione composta dai seguenti giudici: Christos Rozakis, Loukis Loucaides, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Giorgio Malinverni, nonché da Søren Nielsen in qualità di Cancelliere di sezione. L'11 marzo 2010 una Camera di detta Sezione, composta dai seguenti giudici: Christos Rozakis, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni, nonché da André Wampach in qualità di Cancelliere aggiunto di sezione, a seguito di udienza sul merito (articolo 54 § 3), ha pronunciato una sentenza nella quale riteneva con sei voti contro uno che vi era stata una violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 8 per la prima e il secondo ricorrente, con cinque voti contro due che vi era stata una

violazione di tali disposizioni per la terza e il quarto ricorrente, e all'unanimità che non fosse necessario esaminare il ricorso anche ai soli sensi dell'Articolo 8.

5. Il 4 ottobre 2010, accogliendo la richiesta del Governo datata 1 luglio 2010, la Grande Camera, in composizione collegiale, ha deciso di deferire il caso alla Grande Camera ai sensi dell'Articolo 43 della Convenzione.

6. La composizione della Grande Camera è stata stabilita secondo le disposizioni dell'articolo 26 §§ 4 e 5 della Convenzione e dell'articolo 24 del regolamento.

7. Sia i ricorrenti che il Governo hanno presentato delle osservazioni scritte (art. 59 § 1 del regolamento). Sono stati inoltre ricevuti i commenti dei Governi tedesco e italiano e delle organizzazioni non governative *Hera ONLUS*, il *European Centre for Law and Justice* e *Aktion Leben*, alle quali era stato concesso dal Presidente di intervenire nella procedura scritta (articolo 36 § 2 della Convenzione e articolo 44 § 2 del regolamento).

8. Il 23 febbraio 2011 si è tenuta un'udienza pubblica nell'edificio *Palazzo dei Diritti dell'Uomo*, a Strasburgo, (art. 59 § 3 del Regolamento della Corte).

Dinanzi alla Corte sono comparsi:

(a) per il Governo

B. OHMS,

M. STORMANN,

G. DOUJAK,

*Agente Aggiunto,*

*Consulenti;*

(b) *per i ricorrenti*

H.F. KINZ,

W.L. WEH,

S. HARG,

C. EBERLE,

*Avvocati,*

*Consulenti;*

La Corte ha sentito le dichiarazioni degli avvocati Weh, Kinz e Ohms.

## IN FATTO

### I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

9. I ricorrenti sono nati rispettivamente nel 1966, 1962, 1971 e 1971 e risiedono in L. e in R.

10. La prima ricorrente è sposata con il secondo ricorrente e la terza ricorrente con il quarto ricorrente.

11. La prima ricorrente soffre di sterilità alle tube di Falloppio (*eileiterbedingter Sterilität*). Produce ovuli, ma, a causa del blocco alle tube di Falloppio, questi non arrivano all'utero, e di conseguenza una fecondazione naturale è impossibile. Il secondo ricorrente, suo marito, è sterile.

12. La terza ricorrente soffre di agonadismo (*Gonadendysgenese*), che significa che non produce assolutamente ovuli. Pertanto è completamente sterile ma ha un utero pienamente sviluppato. Il quarto ricorrente, suo marito, al contrario del secondo ricorrente, può produrre sperma idoneo alla procreazione.

13. Il 4 maggio 1998 la prima e la terza ricorrente presentarono un ricorso (*Individualantrag*) alla Corte Costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*) per un giudizio di costituzionalità sul articolo 3(1) e sul articolo 3(2) della legge sulla procreazione artificiale (*Fortpflanzungsmedizingesetz* – si veda il diritto interno pertinente, *infra* ).

14. Le ricorrenti sostennero dinanzi alla Corte Costituzionale di essere state direttamente pregiudicate dalle suddette disposizioni. La prima ricorrente affermava di non potere concepire un bambino in modo naturale; cosicché l'unica strada aperta per lei e suo marito era la fecondazione in vitro utilizzando lo sperma di un donatore. Tuttavia, tale tecnica medica non era ammessa dall'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale. Anche la terza ricorrente affermava di essere sterile. Soffrendo di agonadismo, non produceva affatto ovuli. Così, l'unica strada aperta per il concepimento di un bambino era quella di ricorrere ad una tecnica medica di procreazione assistita come la fecondazione eterologa, che comportava l'impianto nel suo utero di un embrione concepito con ovuli di un donatore e con sperma del quarto ricorrente. Tuttavia, tale metodo non era permesso dalla legge sulla procreazione artificiale.

15. La prima e la terza ricorrente sostennero dinanzi alla Corte Costituzionale che l'impossibilità di usare le tecniche mediche sopra menzionate, per la procreazione medicalmente assistita, violava il loro diritto riconosciuto dall'articolo 8 della Convenzione. Esse richiamarono anche l'articolo 12 della Convenzione e l'articolo 7 della Costituzione federale che garantisce la parità di trattamento.

16. Il 4 ottobre 1999 la Corte Costituzionale tenne una pubblica udienza alla quale partecipò la prima ricorrente, assistita dal suo avvocato.

17. Il 14 ottobre 1999 la Corte Costituzionale decise sul ricorso della prima e della terza ricorrente. Dichiarò che il loro ricorso era parzialmente ricevibile per quanto riguardava il loro caso specifico. A questo proposito dichiarò che le disposizioni dell'articolo 3 della legge sulla procreazione artificiale, che proibiscono l'uso di certe tecniche di procreazione, erano direttamente applicabili al caso in esame senza la necessità di una decisione da parte di un'autorità giudiziaria o amministrativa.

18. Nel merito la Corte Costituzionale concluse che l'articolo 8 era applicabile al caso di specie. Sebbene non esista giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul problema, per la Corte Costituzionale era evidente che la decisione dei coniugi o delle coppie conviventi di concepire un bambino e di fare uso di tecniche di procreazione medicalmente assistita, alla fine, ricadeva nella sfera delle garanzie dell'articolo 8.

19. Le disposizioni impugnate della legge sulla procreazione artificiale interferiscono con l'esercizio di questa libertà nella misura in cui limitavano l'opportunità di tecniche mediche di procreazione artificiale. Quanto alla giustificazione di una tale ingerenza, la Corte Costituzionale osservò che il legislatore, quando ha emanato la legge sulla procreazione artificiale, aveva provato a trovare una soluzione per bilanciare gli interessi contrapposti della dignità umana, del diritto alla procreazione e del benessere dei bambini. Così, fu stabilito, come elemento fondamentale della legislazione, che erano permessi solo i metodi di fecondazione omologa – come l'uso di ovuli e sperma degli stessi coniugi o conviventi – e i metodi che non richiedevano tecniche particolarmente sofisticate e che non erano troppo lontani dai modi naturali di concepimento. Lo scopo era quello di evitare la formazione di rapporti familiari atipici come nel caso in cui un bambino ha più di una madre biologica (una madre genetica e una "uterina") e di evitare il rischio di sfruttamento della donna.

20. L'uso della fecondazione in vitro, rispetto alla procreazione naturale, sollevava gravi questioni riguardo al benessere dei bambini così concepiti, alla loro salute e ai loro diritti, e toccava anche valori etici e morali della società e comportava il rischio di commercializzazione e di riproduzione selettiva (*Zuchtauswahl*).

21. Tuttavia, applicando il principio di proporzionalità ai sensi dell'articolo 8 § 2, tali preoccupazioni non potevano portare ad un totale divieto di tutte le possibili tecniche di procreazione medicalmente assistita, in quanto l'estensione degli interessi pubblici implicati dipendeva in buona misura dalla tecnica eterologa o omologa in uso.

22. Per la Corte Costituzionale il legislatore non aveva oltrepassato il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri nello stabilire la possibilità dei metodi di fecondazione omologa quale regola di inseminazione mentre la donazione di sperma quale



eccezione. Questo compromesso rifletteva lo stato dell'arte della scienza medica e del consenso della società. Ciò non significa, tuttavia, che tali criteri non siano soggetti ad evoluzioni di cui il legislatore dovrebbe tener conto in futuro.

23. Né il legislatore aveva trascurato gli interessi di uomini e donne che devono servirsi di tecniche di procreazione artificiale. Oltre alle tecniche strettamente omologhe erano previste inseminazioni con uso di sperma di donatori. Tale tecnica era conosciuta e utilizzata da molto tempo e non portava a relazioni atipiche. Inoltre, l'uso di queste tecniche non era limitato alle coppie sposate ma includeva anche le coppie di conviventi. Tuttavia, nella misura in cui le tecniche omologhe non erano sufficienti per concepire un bambino, gli interessi degli individui coinvolti si ponevano in contrasto con il pubblico interesse.

24. La Corte Costituzionale dichiarava anche che il legislatore, che proibiva le tecniche eterologhe, mentre accettava come legittime solo quelle omologhe, rispettava il divieto di discriminazioni contenuto nel principio costituzionale di eguaglianza. La differenza di trattamento tra le due tecniche si giustificava perché, come sottolineato sopra, non si potevano sollevare le stesse obiezioni contro il metodo omologo e contro quello eterologo. Di conseguenza il legislatore non era obbligato a prevedere normative strettamente identiche per le due tecniche. Inoltre, il fatto che l'inseminazione mediante donazione di sperma era permessa mentre la donazione di ovuli non lo era, non sollevava questioni di discriminazione in quanto con la donazione di sperma non sussisteva il rischio di creare relazioni atipiche che potevano pregiudicare il benessere del bambino.

25. Poiché le disposizioni impugnate della legge sulla procreazione artificiale erano giudicate in linea con l'articolo 8 della Convenzione e con il principio di uguaglianza riconosciuto dalla Costituzione federale, non vi era stata nemmeno violazione dell'articolo 12 della Convenzione.

26. Questa decisione fu notificata all'avvocato della prima e della terza ricorrente l'8 novembre 1999.

## II. DIRITTO INTERNO PERTINENTE

### A. Il diritto interno: la legge sulla procreazione artificiale

27. La legge sulla procreazione assistita (*Fortpflanzungsmedizingesetz*, Gazzetta Ufficiale 275/1992) regola l'uso delle tecniche mediche che permettono il concepimento di un bambino attraverso mezzi diversi dalla copulazione (articolo 1(1)).

28. Questi metodi comprendono: (i) l'introduzione di sperma negli organi riproduttivi di una donna, (ii) l'unificazione di un ovulo e di uno sperma fuori dal corpo di una donna, (iii) l'introduzione di cellule vitali nell'utero o nelle tube di Falloppio di una donna e (iv) l'introduzione di ovociti o di ovociti e spermatozoi nell'utero o nelle tube di Falloppio di una donna (articolo 1(2)).

29. La procreazione medicalmente assistita è ammessa solo all'interno di un matrimonio o di una relazione simile al matrimonio e può essere compiuta se ogni altro possibile e ragionevole trattamento, mirante all'induzione della gravidanza mediante rapporto, fallisce o non ha alcuna ragionevole possibilità di successo (articolo 2).

30. Ai sensi dell'articolo 3(1), solo gli ovuli e lo sperma dei coniugi o delle persone che vivono una relazione simile al matrimonio (*Lebensgefährten*) possono essere usati ai fini della procreazione medicalmente assistita. In circostanze eccezionali, lo sperma di un terzo può essere usato per un'inseminazione artificiale per introdurre sperma negli organi riproduttivi di una donna (articolo 3(2)). Questo metodo è noto come fecondazione in vivo. In tutte le altre circostanze, ed in particolare allo scopo della fecondazione in vitro, l'utilizzazione dello sperma di donatori è proibita.

31. Ai sensi dell'articolo 3(3), gli ovuli o le cellule vitali possono essere usati solo nelle donne da cui provengono. In tal modo la donazione di ovuli è sempre vietata.

32. Le ulteriori disposizioni della legge sulla procreazione artificiale stabiliscono, tra l'altro, che la procreazione medicalmente assistita può essere compiuta solo da medici specializzati ed in ospedali o sale operatorie specificamente attrezzate (articolo 4) e solo con il consenso espresso e scritto dei coniugi o dei conviventi (articolo 8).

33. Nel 1999 la legge sulla procreazione artificiale veniva integrata da una legge federale che istituiva un fondo per il finanziamento delle tecniche di fecondazione in vitro (*Bundesgesetz mit dem ein Fonds zur Finanzierung der In-vitro-Fertilisation eingerichtet wird* – Gazzetta Ufficiale Parte I n° 180/1999) al fine di sovvenzionare le tecniche di fecondazione in vitro permessa ai sensi della legge sulla procreazione artificiale.

34. Le questioni sulla maternità e sulla paternità sono regolate dal Codice Civile (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Secondo l'articolo 137b, adottato contemporaneamente all'entrata in vigore della legge sulla procreazione artificiale, la madre di un bambino è colei che lo ha dato alla luce. L'articolo 163 stabilisce che il padre di un bambino è la persona di sesso maschile che ha intrattenuto rapporti sessuali con la madre per un lasso di tempo determinato (tra 180 e 300 giorni) prima della sua nascita. Se la madre si è sottoposta alla procreazione medicalmente assistita utilizzando lo sperma di un donatore, il padre è colui che ha espresso il proprio consenso a tale trattamento, ovvero, il marito o il partner di sesso maschile. Il donatore dello sperma non può in alcun modo essere riconosciuto come il padre del bambino..

## **B. La situazione in altri Paesi**

35. Il seguente quadro generale del diritto e della prassi in materia di procreazione artificiale in Europa si basa essenzialmente sui seguenti documenti: “Procreazione medicalmente assistita e Tutela dello Studio Comparato dell’Embrione Umano sulla Situazione di 39 Stati” (Consiglio d’Europa, 1998), le risposte degli Stati Membri del Consiglio d’Europa al “Questionario sull’Accesso alla Procreazione Medicalmente Assistita” del Comitato Direttivo di Bioetica” (Consiglio d’Europa, 2005) e un’indagine condotta nel 2007 dall’IFFS (Federazione Internazionale delle Società di Fertilità).

36. Secondo tali documenti, sembrerebbe che in Austria, Azerbaijan, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Grecia, Ungheria, Islanda, Italia, Lettonia, i Paesi Bassi, Norvegia, Federazione Russa, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina e Regno Unito la fecondazione in vitro era (fino al 2007) regolata da una normativa primaria e secondaria. In Belgio, Repubblica Ceca, Irlanda, Malta, Lituania, Polonia, Serbia e Slovacchia questo tipo di trattamento era regolato da prassi cliniche, linee guida professionali, regi decreti o decreti amministrativi o da principi costituzionali generali.

37. Lo studio spiega in particolare la posizione degli ordinamenti interni rispetto a sette tecniche diverse di procreazione assistita: l’inseminazione artificiale all’interno della coppia, la fecondazione in vitro all’interno della coppia, l’inseminazione artificiale con sperma donato, la donazione di ovuli, la donazione di ovuli e sperma, la donazione di embrioni e l’iniezione intracitoplasmica di sperma (una procedura di fecondazione in vitro in cui un singolo sperma è iniettato direttamente in un ovulo).

38. Come si può notare, la donazione di sperma è attualmente vietata solo in tre Paesi: Italia, Lituania e Turchia, i quali vietano nel complesso la fecondazione assistita eterologa. In generale, i Paesi che permettono la donazione di sperma non distinguono nel loro ordinamento tra l’utilizzo di sperma ai fini di un’inseminazione artificiale o di una fecondazione in vitro. La donazione di ovuli è vietata in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera, oltre ai tre Paesi sopra menzionati.

39. In molti Paesi, come Cipro, Lussemburgo, Malta, Finlandia, Polonia, Portogallo e Romania, dove la materia non era regolata (fino al 2007), viene praticata sia la donazione di sperma che di ovuli.

40. Un raffronto tra lo studio del 1998 del Consiglio d'Europa e un rapporto del 2007 condotto dalla Federazione Internazionale delle Società di Fecondazione mostra che nel campo della procreazione medicalmente assistita le disposizioni di legge sono in rapida evoluzione. In Danimarca, in Francia e in Svezia la donazione di sperma e ovuli, che era precedentemente vietata, è ora permessa a partire dall'entrata in vigore di nuove normative rispettivamente nel 2006, nel 2004 e nel 2006. In Norvegia la donazione di sperma per la fecondazione in vitro è stata permessa sin dal 2003, ma non la donazione di ovuli.

### **C. Strumenti del Consiglio d'Europa**

41. La regola 11 dei principi adottati da una commissione ad hoc, formata da esperti nel progresso delle scienze biomediche, un organismo professionale nell'ambito del Consiglio d'Europa che ha preceduto l'attuale Commissione di Bioetica (CAHBI, 1989), statuisce:

“1. Di regola la fecondazione in vitro dovrà essere effettuata utilizzando gameti dei membri della coppia. La stessa regola può applicarsi ad ogni altra procedura che richiede ovuli in vitro o embrioni in vitro. Tuttavia, in casi eccezionali, definiti dagli Stati membri, può essere consentito l'utilizzo di gameti di donatori.”

42. La Convenzione sui diritti umani e biomedicina del 1997 non tratta la questione della donazione di gameti, ma vieta di ricorrere a tecniche di riproduzione medicalmente assistita per scegliere il sesso del bambino. Il suo articolo 14 recita:

“L'utilizzo di tecniche di procreazione medicalmente assistita non sarà consentito per scegliere il sesso del nascituro, eccetto per evitare una grave malattia ereditaria collegata al sesso.”

43. Il Protocollo addizionale alla suddetta Convenzione, sul trapianto di organi e di tessuti di origine umana, del 2002, che promuove la donazione di organi, esclude espressamente dal suo ambito di applicazione gli organi e i tessuti riproduttivi.

### **D. Strumenti dell'Unione Europea**

44. La Direttiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio datata 31 marzo 2004 sulla definizione di 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 umani, tesa ad assicurare gli aspetti riguardanti la qualità e la sicurezza dei tessuti e delle cellule umani destinati all'applicazione sull'uomo, nel suo preambolo prevede quanto segue:

“(12) La presente direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati membri relativamente all'uso o non uso di particolari tipi di cellule umane, comprese le cellule germinali e le cellule staminali dell'embrione. Se però uno Stato membro autorizza un uso particolare di tali cellule, la presente direttiva disporrà l'applicazione di tutte le disposizioni necessarie alla tutela della sanità pubblica, in considerazione dei rischi specifici di tali cellule in base alle conoscenze scientifiche e alla loro natura particolare, e garantirà il rispetto dei diritti fondamentali. Inoltre, la presente direttiva non dovrebbe interferire con le disposizioni degli Stati membri che definiscono il termine giuridico di "persona" o "individuo”. ”

## **IN DIRITTO**

### **I. SULL'ECCEZIONE PRELIMINARE DEL GOVERNO**

45. Il Governo sostiene, come già fatto dinanzi alla Camera, che i mariti rispettivamente della prima e della terza ricorrente non avevano esaurito i rimedi interni così come previsto dall'articolo 35 della Convenzione, poiché hanno omesso di presentare una richiesta alla

Corte Costituzionale di controllo della legittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge sulla procreazione artificiale.

46. I ricorrenti hanno contestato questa tesi facendo riferimento alla decisione sulla ricevibilità del 15 novembre 2007 con la quale la Corte ha rigettato secondo loro in maniera definitiva l'eccezione del Governo di non esaurimento dei rimedi interni.

47. La Grande Camera prende atto che, nella sua decisione sulla ricevibilità del 15 novembre 2007, la Camera ha rigettato l'eccezione del Governo di non esaurimento riguardo al secondo e quarto ricorrente. Con detta decisione, dichiarava quanto segue:

“La Corte ribadisce che l'applicazione della regola di esaurimento dei rimedi interni deve tener debito conto del fatto che è applicata nel contesto di un meccanismo di salvaguardia dei diritti umani che le Parti contraenti hanno convenuto di istituire. Di conseguenza, la Corte ha riconosciuto che l'articolo 35 § 1 deve essere applicato con una certa flessibilità e senza eccessivo formalismo. La regola non è né assoluta né in grado di essere applicata automaticamente. Nel controllo del suo rispetto, è emerso che è essenziale considerare le specifiche circostanze di ciascun caso. Tra le altre cose, questo significa che la Corte deve effettivamente tener conto del contesto giuridico e politico generale in cui i rimedi operano, nonché le circostanze personali del ricorrente (si veda *Mentes ed Altri c. Turchia*, sentenze del 28 novembre 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII, p. 2707, § 58).

La Corte osserva che la prima e la terza ricorrente si sono rivolte alla Corte Costituzionale per un controllo della legittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge sulla procreazione artificiale. Nell'ambito di tale procedura, hanno dimostrato che esse, insieme ai rispettivi coniugi, avevano preso la ferma decisione di sottoporsi al processo di procreazione medicalmente assistita poiché a causa delle loro naturali condizioni mediche il concepimento di un bambino non era possibile e che pertanto erano direttamente toccate dal divieto in questione. Sebbene il secondo e quarto ricorrente non abbiano preso parte al procedimento dinanzi alla Corte Costituzionale, la loro situazione personale era intrinsecamente collegata a quella delle rispettive mogli. Quindi, la Corte ritiene sufficiente che quest'ultime abbiano avviato il procedimento presentando il loro caso, e di conseguenza anche quello dei rispettivi coniugi, dinanzi alla competente autorità giudiziaria nazionale.

La Corte pertanto conclude che tutti i ricorrenti hanno esaurito le vie di ricorso interne ai sensi dell'articolo 35 § 1 della Convenzione.”

48. La Grande Camera non vede alcun motivo per discostarsi dalle conclusioni della Camera. Di conseguenza, rigetta l'eccezione preliminare del Governo.

## II. DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 8 DELLA CONVENZIONE

49. I ricorrenti lamentano che il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, stabilito nell'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale, ha violato i loro diritti garantiti dall'articolo 8 della Convenzione.

50. L'articolo 8 della Convenzione, nelle sue parti, recita:

“1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare ...

2. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

### A. La sentenza della Camera

51. Nella sua sentenza del 1 aprile 2010, la Camera ha concluso che vi è stata violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 nei confronti della prima e terza ricorrente nonché nei confronti del secondo e quarto ricorrente.

52. Secondo la Camera, l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 era applicabile al caso di specie poiché il diritto di una coppia di concepire un bambino utilizzando la

procreazione medicalmente assistita ricadeva nell'ambito dell'articolo 8 in quanto tale scelta era chiaramente l'espressione della loro vita privata e familiare.

53. Riguardo alla conformità con l'articolo 14, la Camera osservava che, vista la mancanza di un approccio uniforme al presente quesito da parte degli Stati Contraenti e la natura delicata delle questioni morali ed etiche di cui trattasi, gli Stati Contraenti avevano in questo campo un margine di discrezionalità particolarmente ampio. Tale ampio margine di discrezionalità riguardava sia la sua decisione di intervenire o meno nella materia specifica sia le regole dettagliate da esso stabilite per raggiungere un bilanciamento tra gli opposti interessi pubblici e privati. La Camera aveva esaminato la situazione della prima e del secondo ricorrente e, separatamente, della terza e del quarto ricorrente.

54. Riguardo alla situazione della terza e del quarto ricorrente, i quali necessitavano di una donazione di ovuli per esaudire il loro desiderio di avere un bambino, la Camera riteneva che le preoccupazioni basate su considerazioni morali o sull'accettabilità sociale di questa tecnica non sono in sé stesse ragioni sufficienti per un divieto assoluto di una specifica tecnica di procreazione artificiale e che solo in circostanze eccezionali si può ritenere che un tale divieto assoluto costituisca una misura proporzionata. La Camera riteneva che riguardo ai rischi di donazione di ovuli invocati dal Governo, come ad esempio il rischio di sfruttamento delle donne in particolare quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato o la "selezione" di bambini, la legge sulla procreazione artificiale conteneva già sufficienti tutele. Riguardo ad altre preoccupazioni specifiche indicate dal Governo, come ad esempio la creazione di relazioni atipiche in cui vi è una divisione della maternità tra madre genetica e madre biologica, questi problemi possono essere superati adottando delle norme appropriate. La Camera concludeva pertanto che vi era stata una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.

55. Riguardo alla situazione della prima e del secondo ricorrente, i quali necessitavano di una donazione di sperma per la fecondazione in vitro per esaudire il loro desiderio di avere un bambino, la Camera osservava innanzitutto che tale tecnica di procreazione artificiale comprendeva due tecniche che, prese singolarmente, erano consentite dalla Legge sulla Procreazione Artificiale, ovvero, la fecondazione in vitro con ovuli e sperma della coppia stessa da un lato e dall'altro la donazione di sperma per il concepimento dal vivo. Il divieto della combinazione di queste due tecniche lecite richiedeva pertanto argomenti particolarmente persuasivi. La maggior parte degli argomenti presentati dal Governo non erano tuttavia specifici della donazione di sperma per la fecondazione in vitro. Quanto alla tesi del Governo secondo la quale l'inseminazione artificiale non in vitro è utilizzata da tempo, è facile da gestire e il suo divieto sarebbe stato pertanto difficile da monitorare, la Camera riteneva che il fatto della mera efficienza aveva meno peso rispetto agli interessi particolarmente importanti delle persone private coinvolte e concludeva che la differenza nel trattamento in questione non era giustificata. La Camera concludeva che vi era stata una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 anche in tal senso.

## **B. Tesi delle parti**

### *1. I ricorrenti*

56. Dal punto di vista dei ricorrenti, l'articolo 8 della Convenzione era applicabile al loro caso. Asserivano inoltre che la normativa impugnata costituiva una diretta ingerenza nei loro diritti di cui all'articolo 8 in quanto, in assenza di tale normativa, il trattamento medico da essi richiesto – fecondazione in vitro con la donazione di ovuli o sperma – costituiva una tecnica medica prontamente disponibile che aveva fatto rilevanti progressi negli ultimi anni ed era diventata molto più affidabile rispetto al passato. Non si trattava dunque di un obbligo positivo ma di un caso classico di ingerenza, che non era necessaria in una società democratica e che era sproporzionata.

57. Data la particolare importanza del diritto di fondare una famiglia e di procreazione, gli Stati Contraenti non avevano alcun margine di discrezionalità nella regolamentazione di tali questioni. Le decisioni che devono essere adottate dalle coppie che desiderano utilizzare la procreazione artificiale hanno riguardato la sfera più intima della loro vita privata e pertanto il legislatore dovrebbe dare particolare prova di fermezza nella regolamentazione di questa materia.

58. Tutti gli argomenti sollevati dal Governo riguardavano la procreazione artificiale in generale e, inoltre, non risponderebbero in modo convincente al quesito che si pone circa il motivo per cui alcune tecniche di procreazione assistita dovrebbero essere autorizzate e altre vietate. Il rischio dello sfruttamento delle donatrici, a cui il governo si riferisce, non è pertinente in circostanze come quelle del caso di specie. Per combattere ogni potenziale abuso nella società austriaca è sufficiente vietare la remunerazione della donazione di ovuli o sperma; divieto peraltro già previsto in Austria. Inoltre, l'argomento che la donazione di ovuli conducesse a relazioni atipiche in cui la maternità di un bambino concepito attraverso la procreazione artificiale è condivisa tra la madre genetica e la madre che ha dato alla luce il bambino e risultasse in uno stress emotivo per il bambino non era persuasivo, poiché oggi molti bambini crescono in situazioni familiari in cui essi sono geneticamente affini ad un solo genitore.

59. I ricorrenti affermavano inoltre che il sistema applicato ai sensi della legge sulla procreazione artificiale era incoerente ed illogico, poiché non vi era alcun divieto categorico sulle forme eterologhe della procreazione medicalmente assistita in quanto erano state fatte delle eccezioni di donazione di sperma in relazione a tecniche specifiche. Il motivo di questa differenza di trattamento non era convincente. In tale contesto va rilevato che esisteva un fondo pubblico per il finanziamento della fecondazione in vitro, forse perché l'utilizzo di questa tecnica era di interesse pubblico, mentre nel contempo delle severe limitazioni erano state imposte sul suo utilizzo.

60. Per quanto concerne la situazione giuridica della procreazione artificiale negli Stati Contraenti, i ricorrenti asserivano che vi era ora un consenso generale a favore della donazione di ovuli e sperma. Pertanto, il divieto della donazione di ovuli e sperma della legge austriaca violava l'articolo 8 della Convenzione.

## *2. Il Governo*

61. Riguardo all'applicabilità dell'articolo 8 della Convenzione, il Governo faceva riferimento alle dichiarazioni della Corte Costituzionale secondo le quali nella nozione di vita privata nel significato dell'articolo 8 § 1 della Convenzione rientra il desiderio di una coppia di coniugi o di conviventi di avere dei figli che costituisce una delle forme essenziali di espressione della loro personalità di esseri umani. Esso ha pertanto accettato che l'articolo 8 si applicasse al caso di specie.

62. Dal punto di vista del Governo, la questione di stabilire se il provvedimento di cui trattasi debba essere considerato un'ingerenza di un'autorità pubblica o una presunta violazione di un obbligo positivo potrebbe essere lasciata aperta in quanto i principi applicabili erano gli stessi per entrambi i casi. Nelle due ipotesi, era necessario stabilire un armonioso equilibrio tra gli opposti interessi privati e pubblici e in entrambi i contesti lo Stato aveva un certo margine di discrezionalità che, in assenza di uno standard comune stabilito dagli Stati contraenti, era particolarmente ampio. Tuttavia, il divieto di specie aveva un fondamento giuridico nel diritto interno e perseguiva un fine legittimo, segnatamente la tutela dei diritti di altri, in particolare dei donatori potenziali.

63. Dal punto di vista del Governo, il perno centrale del caso non era se vi potesse essere un eventuale ricorso alla procreazione medicalmente e tecnicamente assistita e quali limiti lo Stato potesse fissare a tal riguardo, ma in che misura lo Stato debba autorizzare ed accettare la cooperazione di terzi nell'adempimento del desiderio di una coppia nel voler concepire un bambino. Anche se il diritto al rispetto della vita privata comprendeva altresì il diritto di

realizzare il desiderio di avere un figlio, ciò non significa che lo Stato avesse l'obbligo di consentire indiscriminatamente tutti i mezzi tecnicamente realizzabili di riproduzione né tantomeno di metterli a disposizione delle persone interessate. Il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati dovrebbe permettere loro di stabilire un armonioso equilibrio tra gli opposti interessi alla luce degli specifici bisogni e tradizioni sociali e culturali dei loro Paesi.

64. Considerando tutti gli interessi del caso, il legislatore austriaco aveva stabilito un armonioso equilibrio in linea con l'articolo 8 della Convenzione. Tale equilibrio aveva consentito la procreazione medicalmente assistita e nel contempo prevedeva alcune restrizioni laddove la fase raggiunta nello sviluppo medico e sociale non consentiva ancora il riconoscimento giuridico della fecondazione in vitro con lo sperma o ovulo di terze persone, così come richiesto dalle ricorrenti donne. La legge sulla procreazione artificiale è pertanto caratterizzata dall'intento di prevenire ripercussioni negative e potenziali abusi e di impiegare i progressi medici solo a scopi terapeutici e non per altri obiettivi, come la "selezione" dei nascituri, così il legislatore non può e non deve trascurare le remore esistenti in molte parti della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva.

65. Dopo una preparazione approfondita il legislatore aveva trovato un'adeguata soluzione in un'area controversa, prendendo in considerazione la dignità umana, il benessere dei bambini e il diritto alla procreazione. La fecondazione in vitro offre grandi possibilità per una scelta selettiva di ovuli e sperma, che potrebbero infine portare ad una riproduzione selettiva (*Zuchtauswahl*). Questa tecnica solleverebbe gravi questioni relative alla salute dei bambini così concepiti e ai valori etici e morali della società.

66. Durante la discussione in Parlamento era stato sottolineato che la donazione di ovuli dipende dalla disponibilità degli stessi e potrebbe portare a conseguenze problematiche come lo sfruttamento e l'umiliazione delle donne, in particolare quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato. D'altro canto, le donne che ricorrono al trattamento della fecondazione in vitro potrebbero essere costrette a fornire più ovuli di quelli strettamente necessari per il loro trattamento, ciò al fine di permettere loro di sostenerne il costo.

67. La fecondazione in vitro sollevava inoltre il problema di relazioni di parentela atipiche, in cui le condizioni sociali erano in contrasto con quelle biologiche, in quanto la maternità viene ad assumere tre aspetti distinti, ovvero un aspetto biologico, un aspetto "uterino" e forse anche un aspetto sociale. Infine, si doveva anche tenere conto del legittimo interesse dei bambini ad essere informati sulla loro vera discendenza che, con ovuli e sperma donati, potrebbe essere nella maggior parte dei casi impossibile. Con l'utilizzo di ovuli e sperma donati, nell'ambito della procreazione medicalmente assistita, la reale discendenza di un bambino non è rivelata nelle anagrafi e le norme di tutela che disciplinano le adozioni sono inefficaci nel caso della procreazione medicalmente assistita.

68. Come risulta dal rapporto esplicativo al disegno di legge del Governo relativo alla legge sulla procreazione artificiale, le ragioni che permettono l'inseminazione artificiale consistono nel fatto che essendo facilmente applicabile rispetto agli altri, questo metodo di procreazione non può essere controllato efficacemente. Inoltre, questa tecnica è usata già da tempo. Così, un divieto di questa semplice tecnica non sarebbe osservato e conseguentemente non rappresenterebbe un mezzo adeguato per realizzare gli obiettivi perseguiti dalla legge.

## **C. Interventi da parte di terzi**

### *1. Il Governo tedesco*

69. Il Governo tedesco afferma che, ai sensi dell'articolo 1(1) della legge tedesca sulla protezione degli embrioni (*Embryonenschutzgesetz*) costituisce reato l'impianto in una donna di un ovulo non prodotto da lei.

70. Lo scopo del divieto era quello di proteggere il benessere dei bambini assicurando l'identità inequivocabile della madre. Distinguere tra una madre biologica e una madre genetica avrebbe come conseguenza che due donne avrebbero un ruolo nella procreazione di

un bambino e si contrasterebbe con il principio consolidato dell'inequivocabilità della maternità che rappresenta un valore fondamentale e sociale di base. Tale distinzione e la conseguente ambiguità dell'identità della madre potrebbero compromettere lo sviluppo della personalità del bambino e potrebbero creare notevoli problemi nella ricerca della sua identità. Ciò è pertanto contrario al benessere del bambino.

71. Un altro pericolo sta nel fatto che la madre biologica, consapevole del bagaglio genetico, potrebbe ritenere la donatrice dell'ovulo responsabile delle malattie o dei difetti del bambino e rifiutarlo. Un altro conflitto che potrebbe sorgere e danneggiare i rapporti tra la madre genetica e quella biologica con il bambino è costituito dal fatto che l'ovulo donato risulti fecondo nella provetta mentre la donatrice stessa non riesca a rimanere incinta attraverso la tecnica della fecondazione in vitro. Per i motivi sopra esposti, detta distinzione della maternità è considerata una seria minaccia per il benessere del bambino, ragione per la quale sono giustificati i divieti ai sensi della legge sulla protezione degli embrioni

## *2. Il Governo italiano*

72. Il Governo italiano dichiara che la legislazione italiana sulla procreazione medicalmente assistita ha una differenza di fondo rispetto a quella austriaca. La legge italiana vieta generalmente l'utilizzo di qualsivoglia metodo eterologo di procreazione medicalmente assistita e, riguardo ai metodi omologhi, questi sono consentiti a condizione che la coppia sia sterile.

73. Secondo il Governo italiano, l'articolo 8 non tutela il diritto delle persone o delle coppie a concepire un bambino e ad utilizzare la procreazione medicalmente assistita a tal fine. Non vi è, pertanto, un obbligo positivo per gli Stati contraenti di rendere disponibile alle coppie sterili tutte le tecniche mediche di procreazione esistenti. L'assenza di un consenso europeo sulla procreazione medicalmente assistita ha conferito agli Stati Contraenti un ampio margine di discrezionalità, permettendo loro di adottare decisioni sulle proprie scelte politiche in relazione a una materia così complessa da avere implicazioni scientifiche, giuridiche, etiche e sociali a lungo termine. La fecondazione in vitro, che ha avuto un effetto diretto sulla vita umana e sulle fondamenta della società, è chiaramente un materiale altamente sensibile rispetto al quale nessun consenso europeo era stato espresso. La procreazione medicalmente assistita implica anche seri rischi. La donazione di gameti potrebbe esporre le donne economicamente svantaggiate a pressioni e incoraggiare il traffico di ovuli. Studi scientifici hanno inoltre dimostrato che esiste un collegamento tra la fecondazione in vitro e le nascite premature. Infine, accettare che la filiazione materna possa essere dissociata la rimetterebbe in causa e farebbe vacillare le fondamenta della società.

## *3. Hera ONLUS e SOS Infertilità Onlus*

74. Hera Onlus e SOS Infertilità Onlus sostengono che l'infertilità dovrebbe essere affrontata come un aspetto della salute umana. Limitare l'accesso alla fecondazione eterologa in vitro ha costituito il rifiuto all'accesso al trattamento disponibile e dunque una ingerenza nei diritti garantiti dall'articolo 8 della Convenzione. Dal loro punto di vista, il divieto all'accesso alla procreazione eterologa medicalmente assistita non era necessaria per prevenire le ripercussioni sullo sviluppo psichico e sociale del bambino. Tenuto conto delle severe norme di qualità e di monitoraggio stabilite dall'Unione Europea, un'interdizione totale sull'accesso ai diversi trattamenti eterologi non è sicuramente il mezzo migliore disponibile per un equilibrio armonioso tra gli opposti interessi coinvolti. Vi era inoltre un ulteriore effetto secondario negativo dell'interdizione, segnatamente il fenomeno del "turismo procreativo", vale a dire che le coppie che si recano all'estero per il trattamento sull'infertilità sono esposte al rischio di norme di qualità basse e di stress finanziario ed emotivo.



#### 4. *The European Centre for Law and Justice*

75. Il centro *European Centre for Law and Justice* (“il ECLJ”) ha dichiarato che la Convenzione non impone agli Stati membri alcun obbligo positivo di dare accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita. Tuttavia, pur assumendo che, rifiutando di consentire il trattamento eterologo sulla fecondazione in vitro, lo Stato abbia interferito con i diritti previsti dall’articolo 8 della Convenzione, tale ingerenza era proporzionata.

76. Dal loro punto di vista, gli Stati contraenti godevano di un ampio margine di discrezionalità per ciò che concerne le questioni morali ed etiche delicate, in assenza di un consenso europeo su questa materia. Il ECLJ aveva sottolineato che l’Austria non ha imposto un divieto categorico sulla procreazione medicalmente assistita, ma permetteva alcuni metodi mentre altri metodi non consentiti in Austria erano prontamente disponibili all’estero. Inoltre, le coppie sterili possono esaudire il loro desiderio di avere un figlio attraverso l’adozione.

#### 5. *Aktion Leben*

77. Aktion Leben ha dichiarato che la fecondazione in vitro utilizzando gameti, in particolare ovuli di donatori, implica considerevoli rischi clinici e solleva questioni delicate e problematiche della filiazione multipla. Inoltre, la donazione di ovuli incrementerebbe il rischio di sfruttamento delle donne, di commercializzazione del corpo femminile e implica interventi medici molto rischiosi per i donatori. Gli atipici rapporti familiari così sviluppati potrebbero influire negativamente sulla famiglia e sui rapporti sociali esistenti. La fecondazione in vitro potrebbe inoltre provocare problemi di identità al bambino così concepito e, nel caso di donazione di sperma, potrebbe provocare il rischio di un trauma al bambino che volesse stabilire dei rapporti con il padre biologico.

### **D. Valutazione della Corte**

#### 1. *Sull’applicabilità dell’articolo 8*

78. Il Governo riconosce che l’articolo 8 era applicabile al caso di specie. A tal riguardo, fa riferimento alle dichiarazioni della Corte Costituzionale la quale, nella sua sentenza del 14 ottobre 1999, ha ritenuto che la decisione di coniugi o di coppie conviventi di concepire un bambino e a tal fine utilizzare tecniche di procreazione medicalmente assistita rientra nell’ambito del loro diritto al rispetto della loro vita privata e conseguentemente nell’ambito della tutela dell’articolo 8.

79. I ricorrenti concordano con il Governo sull’applicabilità dell’articolo 8 della Convenzione.

80. La Corte ricorda che la nozione di “vita privata” ai sensi dell’articolo 8 della Convenzione è un concetto ampio che comprende, tra l’altro, il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani (si veda la causa *Niemietz c. Germania*, sentenza del 16 dicembre 1992, Serie A n° 251-B, p. 33, § 29), il diritto allo sviluppo della propria personalità (si veda la causa *Bensaid c. Regno Unito*, ricorso n° 44599/98, § 47, CEDU 2001-I) e il diritto all’autodeterminazione (si veda la causa *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n° 2346/02, § 61, CEDU 2002-III). Esso comprende elementi come i nomi (si veda la causa *Burghartz c. Svizzera*, sentenza del 22 febbraio 1994, Serie A n° 280-B, p. 28, § 24), l’identità sessuale, l’orientamento sessuale e la vita sessuale, che ricadono nell’ambito della sfera della personalità tutelata dall’articolo 8 (si veda, per esempio, la causa *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 ottobre 1981, Serie A n° 45, pp. 18-19, § 41, e la causa *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, sentenza del 19 febbraio 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, p. 131, § 36), nonché il diritto al rispetto della decisione di avere o meno un figlio (si veda la causa *Evans c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 6339/05, § 71, CEDU 2007-IV), e la causa *A, B e C c. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 212, sentenza del 16 dicembre 2010).

81. Nella causa *Dickson c. Regno Unito*, riguardante il rifiuto di dare accesso ai ricorrenti, un detenuto e sua moglie, alle tecniche per l'inseminazione artificiale, la Corte dichiarava che l'articolo 8 era applicabile in quanto le tecniche di inseminazione artificiale in questione riguardavano la loro vita privata e familiare, la cui nozione ricomprende il diritto al rispetto della loro decisione di diventare o meno genitori genetici (si veda la causa *Dickson c. Regno Unito* [GC], ricorso n° 44362/04, § 66, CEDU 2007-XIII, con ulteriori riferimenti).

82. La Corte, quindi, considera che il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare. L'articolo 8 della Convenzione è pertanto applicabile al caso di specie.

## 2. Sulla questione di stabilire se la causa verte su un obbligo positivo o una ingerenza

83. Nella causa *X, Y e Z c. Regno Unito* (22 aprile 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II) la Corte osservava che non vi era alcun approccio generalmente condiviso tra le Alte Parti contraenti riguardo al modo in cui il rapporto sociale tra un bambino concepito mediante l'inseminazione artificiale con donatore e la persona che ha svolto il ruolo di padre dovesse trovare riscontro nella legislazione. Infatti, secondo le informazioni a disposizione della Corte, sebbene la tecnologia sulla procreazione medicalmente assistita fosse nella disponibilità dell'Europa già da alcuni decenni, molte delle questioni che ha fatto emergere, in particolare quella sulla filiazione, sono rimaste oggetto di dibattito. Per esempio, non vi era alcun consenso tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa sulla questione di stabilire se gli interessi di un bambino così concepito fossero meglio tutelati con l'anonimato del donatore dello sperma o se il bambino dovesse avere il diritto di conoscere l'identità del donatore (§ 44). La Corte conclude che le questioni del caso toccavano aree in cui vi era scarsa omogeneità tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa e, in generale, la legislazione sembrava trovarsi in una fase di transizione (*ibidem*).

84. La suddetta sentenza è stata resa nel 1997, poco prima che i ricorrenti, nel maggio 1998, depositassero un ricorso presso la Corte Costituzionale austriaca per un controllo della legittimità dell'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale nel caso di specie. Dal materiale a disposizione della Corte, risulta che dalla decisione della Corte Costituzionale nel caso di specie vi sono stati molti progressi nella scienza medica ai quali alcuni Stati contraenti hanno dato una risposta nella loro legislazione. Tali cambiamenti potrebbero pertanto avere delle ripercussioni sulla valutazione dei fatti operata dalla Corte. Tuttavia, non spetta alla Corte considerare se il divieto della donazione di sperma e ovuli in questione sarebbe o meno giustificato dalla Convenzione. Ciò che spetta alla Corte decidere è se tali divieti fossero giustificati al momento in cui sono stati presi in considerazione dalla Corte Costituzionale austriaca (si veda la causa *J. M. c. Regno Unito*, n. 37060/06, § 57, 28 settembre 2010; *mutatis mutandis*, la causa *Maslov c. Austria* [GC], n. 1638/03, § 91, 23 giugno 2008; e la causa *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, § 106, 22 novembre 2010). Tuttavia, nulla impedisce alla Corte di prendere in considerazione gli eventuali successivi sviluppi.

85. Il passo successivo nell'analizzare se la legislazione impugnata fosse conforme all'articolo 8 della Convenzione è quello di rilevare se essa abbia dato luogo ad una ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare (obblighi negativi dello Stato) o ad una inadempienza da parte dello Stato di osservare un obbligo positivo in tal senso.

86. I ricorrenti asseriscono che la legislazione impugnata costituisce una diretta ingerenza nei loro diritti di cui all'articolo 8 in quanto, in assenza di tale legislazione, il trattamento medico da essi richiesto – fecondazione in vitro con la donazione di ovuli o sperma – era una tecnica medica comune e prontamente disponibile. Secondo il Governo, la questione di stabilire se la misura di specie debba essere ritenuta una ingerenza da parte di un'autorità

pubblica o una presunta violazione di un dovere positivo potrebbe essere lasciata aperta in quanto entrambi gli obblighi sono soggetti agli stessi principi.

87. La Corte ricorda che sebbene l'oggetto dell'articolo 8 è essenzialmente quello di proteggere l'individuo da ingerenze arbitrarie da parte di autorità pubbliche, esso non obbliga meramente lo Stato ad astenersi da tale ingerenza. In aggiunta a tale impegno soprattutto negativo, vi potrebbero essere degli obblighi positivi inerenti ad un effettivo rispetto per la vita privata e familiare. Tali obblighi potrebbero implicare l'adozione di misure volte ad assicurare il rispetto della vita privata e familiare anche nella sfera dei rapporti degli individui tra di loro. I confini tra gli obblighi positivi e negativi dello Stato ai sensi dell'articolo 8 non si prestano ad una definizione precisa. I principi applicabili sono ciononostante simili. In particolare, in entrambi i casi è necessario stabilire un armonioso equilibrio tra gli interessi opposti (si veda la causa *Odièvre c. France* [GC], n. 42326/98, § 40, CEDU 2003-III, e la causa *Evans*, sopra citata, § 75).

88. La Grande Camera ritiene che la legislazione di specie può essere vista come una norma che solleva la questione di stabilire se pesa sullo Stato l'obbligo positivo di consentire certe forme di procreazione artificiale utilizzando sperma o ovuli di terzi. Tuttavia, la questione può anche essere vista come una ingerenza dello Stato nei diritti dei ricorrenti al rispetto della loro vita familiare come conseguenza del divieto di cui all'art. 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale di certe tecniche di procreazione artificiale che erano state sviluppate dalla scienza medica ma di cui non potevano avvalersene a causa di tale divieto. La Corte esaminerà questo motivo di ricorso sotto il profilo dell'ingerenza nel diritto dei ricorrenti di avvalersi delle tecniche di procreazione artificiale secondo gli articoli 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale poiché ciò è stato loro di fatto impedito dalla normativa che essi hanno cercato invano di impugnare davanti ai tribunali austriaci. In ogni caso, come già notato, i principi applicabili alla giustificazione di cui all'articolo 8 § 2 sono simili per entrambi approcci analitici adottati (si veda *Evans*, sopra citato, § 75, e *Keegan c. Irlanda*, causa del 26 maggio 1994, § 49, CEDU, Serie A n. 290).

### 3. Sulla conformità all'articolo 8 § 2

89. Tale ingerenza viola l'articolo 8 della Convenzione salvo che non possa essere giustificata ai sensi del paragrafo 2 dello stesso articolo, ovvero sia "conforme alla legge", persegua uno o più scopi legittimi tra quelli elencati, e sia "necessaria in una società democratica" al fine di raggiungere l'obiettivo o gli obiettivi interessati.

#### (a) Prevista dalla legge e scopo legittimo

90. La Corte ritiene che il provvedimento in questione fosse previsto dalla legge, segnatamente dall'articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale, e che perseguisse uno scopo legittimo, segnatamente la protezione della salute o della morale e la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Ciò non è in discussione tra le parti, che hanno concentrato i loro argomenti sulla necessità dell'ingerenza.

#### (b) Necessità in una società democratica e il relativo margine di discrezionalità

91. A tal riguardo, la Corte ricorda che al fine di stabilire se i provvedimenti impugnati fossero "necessari in una società democratica" deve considerare se, alla luce del caso nel suo insieme, i motivi addotti per giustificarli erano pertinenti e sufficienti ai fini dell'articolo 8 § 2 (si veda, tra le molte altre autorità, la causa *Olsson c. Svezia* (n. 1), 24 marzo 1988, § 68, Serie A n. 130; la causa *K. e T. c. Finlandia* [GC], n. 25702/94, § 154, CEDU 2001-VII; la causa *Kutzner c. Germania*, n. 46544/99, § 65, CEDU 2002-I; e la causa *P. C. e S. c. Regno Unito*, n. 56547/00, § 114, CEDU 2002-VI).

92. Nei casi derivanti da ricorsi individuali, il compito della Corte non è quello di esaminare sommariamente la relativa legislazione o prassi; deve, per quanto possibile, limitarsi, senza tralasciare il contesto generale, ad esaminare le questioni sollevate dal caso

concreto di cui è investita (si veda la causa *Olsson c. Svezia* (n. 1), sopra citato, § 54). Di conseguenza, il compito della Corte non è quello di sostituirsi alle competenti autorità nazionali per stabilire la politica più appropriata per la regolamentazione della procreazione artificiale.

93. I ricorrenti sostengono che a causa dell'importanza particolare del diritto di fondare una famiglia e del diritto alla procreazione, gli Stati contraenti non godevano di alcun margine di discrezionalità nella regolamentazione di tali questioni.

94. La Corte ricorda che nel determinare l'ampiezza del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati nel decidere le cause ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione è necessario prendere in considerazione diversi fattori. Laddove un importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito allo Stato è di norma limitato (si veda *Evans*, sopra citato, § 77 e le cause ivi citate). Laddove, tuttavia, non esiste alcun consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, sia per ciò che riguarda l'importanza relativa degli interessi in gioco o il mezzo migliore per salvaguardarli, in particolare laddove la causa sollevi questioni di sensibilità morale o etica, il margine è più ampio (si veda la causa *Evans*, sopra citato, § 77; la causa *X. Y. e Z. c. Regno Unito*, sopra citato, § 44; la causa *Frette c. Francia*, n. 36515/97, § 41, CEDU 2002-I; la causa *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], n. 28957/95, § 85, CEDU 2002-VI; e la causa *A. B. e C. c. Irlanda*, sopra citata, § 232). Grazie al loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro Paesi, le autorità dello Stato sono, in linea di massima, in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi non solo "sull'esatto contenuto dei requisiti della morale" nel loro paese, ma anche sulla necessità di una limitazione destinata a dar loro una risposta (si veda la causa *A. B. e C. c. Irlanda*, *ibidem*, con ulteriori riferimenti). Di norma vi è un ampio margine di discrezionalità se allo Stato è richiesto di stabilire un armonioso equilibrio tra opposti interessi privati e pubblici o tra diritti tutelati dalla Convenzione (si veda la causa *Evans*, sopra citata, § 77, e la causa *Dickson*, sopra citata, § 78).

95. A tal riguardo, la Corte osserva che, secondo la "Procreazione medicalmente assistita e lo Studio Comparato sulla Protezione dell'Embrione Umano relativamente alla situazione in 39 Stati" compilato dal Consiglio d'Europa nel 1998 sulla base delle risposte degli Stati Membri del Consiglio d'Europa al Comitato Direttivo sulla Bioetica, la donazione di ovuli era espressamente vietata in Austria, Germania, Irlanda, Norvegia, Slovacchia, Slovenia, Svezia e Svizzera e la donazione di sperma in Austria, Germania, Irlanda, Norvegia, e Svezia. Attualmente, la donazione di sperma è vietata, oltre che in Austria, solamente in tre Paesi: Italia, Lituania e Turchia, mentre la donazione di ovuli è vietata in tali Paesi e in Croazia, Germania, Norvegia e Svizzera. Tuttavia, la legislazione in questo campo, qualora ne esistesse una, varia considerevolmente. Mentre la procreazione medicalmente assistita è regolata in modo dettagliato in alcuni Paesi, essa lo è solo in una certa misura in altri Paesi ed in altri ancora non lo è affatto.

96. La Corte concluderebbe che vi è ora una chiara tendenza nella legislazione degli Stati contraenti verso l'approvazione della donazione di gameti per la fecondazione in vitro, tendenza che rispecchia un emergente consenso europeo. Tale emergente consenso non è, tuttavia, basato su principi consolidati stabiliti nel diritto degli Stati membri ma riflette piuttosto una fase di sviluppo all'interno di un campo del diritto particolarmente dinamico, e non limita in modo decisivo il margine di discrezionalità dello Stato.

97. Poiché l'utilizzo della fecondazione in vitro ha sollevato e continua a sollevare questioni delicate di ordine etico e morale che rientrano in un contesto di progressi rapidissimi in campo medico e scientifico, e poiché le questioni sollevate dalla presente causa vertono su aree in cui non vi è ancora una omogeneità tra gli Stati membri, la Corte ritiene che il margine di discrezionalità di cui deve disporre lo Stato convenuto sia ampio (si veda la causa *X Y e Z c. Regno Unito*, sopra citata, § 44). In linea di massima, il margine dello Stato si estende sia alle sue decisioni di legiferare in materia che, eventualmente, alle regole dettagliate da esso previste ai fini di un equilibrio tra gli opposti interessi pubblici e privati (si veda la causa

*Evans*, sopra citata § 82). Tuttavia, questo non significa che le soluzioni del legislatore non possano essere soggette ad analisi della Corte. Spetta alla Corte esaminare attentamente gli argomenti presi in considerazione nel corso del processo legislativo che hanno condotto alle scelte fatte dal legislatore e determinare se un armonioso equilibrio sia stato stabilito tra gli opposti interessi dello Stato e quelli di coloro che sono direttamente toccati da tali scelte legislative. A tal riguardo, la Corte ritiene che la situazione della prima e del secondo ricorrente e quella della terza e del quarto ricorrente debbano essere esaminate separatamente. La Corte ritiene opportuno iniziare l'esame della situazione dalla terza e quarto ricorrente.

**(c) La terza e il quarto ricorrente (donazione di ovuli)**

98. La terza ricorrente è completamente sterile mentre suo marito, il quarto ricorrente, può produrre sperma idoneo per la procreazione. Non è in discussione che, date le loro condizioni mediche, solamente la fecondazione in vitro con l'utilizzo di ovuli di un donatore consentirebbe loro di esaudire il loro desiderio di avere un figlio di cui almeno uno dei ricorrenti sarebbe il genitore genetico. Tuttavia, il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro previste dall'articolo 3(1) della legge sulla procreazione artificiale, che non consente la donazioni di ovuli, elimina tale possibilità. Non esiste alcuna eccezione a questa regola.

99. Il Governo sostiene che il divieto della donazione di ovuli per la fecondazione in vitro stabilito dal legislatore austriaco fosse necessario in una società democratica. Il legislatore austriaco aveva stabilito un armonioso equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in questione. Questi doveva fissare alcuni limiti alle possibilità offerte dalle tecniche mediche sulla procreazione artificiale in quanto doveva tenere conto della natura moralmente ed eticamente delicata delle questioni di cui trattasi e le remore esistenti in molte parti della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva.

100. La Corte ritiene che le preoccupazioni basate sulle considerazioni morali o sull'accettabilità sociale devono essere seriamente considerate in un campo delicato come quello della procreazione artificiale. Tuttavia, queste non sono di per sé motivi sufficienti per un totale divieto di una tecnica specifica di procreazione artificiale quale la donazione di ovuli. Nonostante l'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati contraenti, il quadro giuridico concepito per questo scopo deve essere plasmato in modo coerente cosicché si tenga adeguatamente conto dei diversi interessi legittimi coinvolti.

101. Il Governo sostiene inoltre che le avanzate tecniche mediche di fecondazione artificiale, come la fecondazione in vitro, implicano il rischio di non essere impiegate solo a scopi terapeutici ma anche per altri fini quali la "selezione" dei nascituri; la fecondazione in vitro pone questo rischio. In aggiunta il Governo afferma che vi è il rischio che la donazione di ovuli possa portare allo sfruttamento e all'umiliazione delle donne, in particolare di quelle provenienti da un contesto economicamente svantaggiato. Inoltre potrebbero essere esercitate pressioni sulla donna che, al contrario, non si troverebbe nella posizione di potersi permettere la fecondazione in vitro per la produzione di più ovuli del necessario (si veda l'articolo 66 sopra). La tecnica della fecondazione in vitro, che richiede che degli ovuli siano estratti dalla donna, è rischiosa e ha serie ripercussioni sulla donna che si sottopone a tale intervento; il legislatore deve prestare particolare attenzione per ridurre tali rischi laddove terze persone, come i donatori, siano coinvolte.

102. I ricorrenti sostengono che i rischi per la salute sui quali contava il Governo nell'affermare la necessità dell'ingerenza potrebbero essere ridotti, o addirittura prevenuti, da ulteriori misure che il legislatore austriaco potrebbe adottare ma che, in ogni caso, non erano sufficienti a non considerare gli interessi dei ricorrenti nell'esaudire il loro desiderio di avere un figlio.

103. La Corte ritiene che il campo della procreazione artificiale conosce una evoluzione particolarmente rapida sia dal punto di vista scientifico sia nella regolamentazione delle sue applicazioni mediche. E' per questa ragione che è particolarmente difficile stabilire una

solida base per valutare la necessità e adeguatezza di misure legislative, le cui conseguenze potrebbero divenire ovvie solamente dopo un considerevole lasso di tempo. E' quindi comprensibile che gli Stati trovino necessario agire con particolare cautela nel campo della procreazione artificiale.

104. A tal riguardo la Corte osserva che il legislatore austriaco non ha escluso completamente la procreazione artificiale poiché consente l'utilizzo di tecniche omologhe. Secondo le dichiarazioni della Corte Costituzionale nella sua decisione del 14 ottobre 1999, il legislatore austriaco era guidato dall'idea che la procreazione medicalmente assistita dovrebbe aver luogo in modo analogo alla procreazione naturale e, in particolare, che il principio basilare del diritto civile – *mater semper certa est* – dovrebbe essere mantenuto evitando la possibilità che due persone possano asserire di essere la madre biologica dello stesso bambino ed evitare controversie tra una madre biologica e quella genetica in senso lato. Nel fare ciò, il legislatore ha tentato di conciliare il desiderio di rendere disponibile la procreazione medicalmente assistita e le remore di una larga parte della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva, che solleva questioni di natura moralmente ed eticamente delicata.

105. La Corte osserva inoltre che il legislatore austriaco ha stabilito delle salvaguardie e delle precauzioni specifiche ai sensi della legge sulla procreazione artificiale, segnatamente, riservare l'utilizzo delle tecniche di procreazione artificiale a medici specialisti con una particolare competenza ed esperienza in questo campo i quali sono vincolati dalla loro etica professionale (si veda l'articolo 32 sopra) e vietando la remunerazione della donazione di ovuli e sperma. Tali misure sono tese a prevenire i rischi potenziali della selezione eugenetica e il loro abuso e a prevenire il rischio dello sfruttamento delle donne, quali le donatrici di ovuli, in situazioni vulnerabili. Il legislatore austriaco potrebbe teoricamente concepire e promulgare altre misure o garanzie per ridurre il rischio collegato alla donazione di ovuli descritto dal Governo. Riguardo al rischio riferito dal Governo circa la creazione di rapporti caratterizzati da una discordanza tra la realtà sociale e quella biologica, la Corte osserva che relazioni famigliari atipiche in senso lato, che non rientrano nello schema classico genitore-figlio basato su un diretto legame biologico, non sono sconosciute agli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti. L'istituto dell'adozione è stato istituito nel tempo per fornire un quadro giuridico soddisfacente a tali rapporti ed è conosciuto in tutti gli Stati membri. Pertanto, avrebbe potuto essere adottato un quadro giuridico che regolasse in modo soddisfacente i problemi derivanti dalla donazione di ovuli. Tuttavia, la Corte non può non tenere conto del fatto che la distinzione della maternità tra la madre genetica e quella "uterina" si differenzia in modo significativo dal rapporto genitore-figlio adottivo e aggiunge un nuovo aspetto alla questione.

106. La Corte ammette che il legislatore austriaco avrebbe potuto concepire un diverso quadro giuridico per la regolamentazione della procreazione artificiale che avrebbe consentito la donazione di ovuli. A tal riguardo nota che quest'ultima soluzione è stata adottata in diversi Stati membri del Consiglio d'Europa. Tuttavia, il fulcro della questione secondo il disposto dell'articolo 8 della Convenzione non è se una diversa soluzione avrebbe potuto essere adottata dal legislatore che avrebbe presumibilmente stabilito un più armonioso equilibrio, ma se, nello stabilire un armonioso equilibrio al punto in cui lo ha fatto, il legislatore austriaco sia andato oltre il margine di discrezionalità di cui godeva ai sensi di detto articolo (si veda la causa *Evans*, sopra citata, § 91). Per risolvere tale questione, la Corte ha attribuito una certa importanza, come sopra evidenziato, al fatto che non esiste un solido consenso in Europa sulla questione di stabilire se la donazione di ovuli per la fecondazione in vitro debba essere consentita.

107. A tal riguardo, la Corte osserva inoltre che i soli strumenti a livello europeo che trattano la questione della donazione di ovuli per la procreazione artificiale sono i principi adottati dal comitato *ad hoc* di esperti sul progresso in scienze biochimiche del 1989, di cui l'undicesimo stabilisce che, in linea di principio, la fecondazione in vitro deve essere

effettuata con i gameti della coppia. La Convenzione sui Diritti dell’Uomo e Biomedicina del 1997 e il suo Protocollo Addizionale del 2002 non si esprimono sulla questione. La Direttiva 2004/23/CE dell’Unione Europea prevede esplicitamente che “tale Direttiva non dovrebbe interferire con le decisioni degli Stati Membri riguardanti l’utilizzo o non utilizzo di qualsiasi tipo specifico di cellule umane, ivi comprese cellule germinali e cellule staminali embrionali”.

**(d) La prima e il secondo ricorrente (donazione di sperma)**

108. La prima ricorrente soffre di infertilità alle tube di Falloppio e il secondo ricorrente, suo marito, è altrettanto sterile. E’ pacifico che, a causa delle loro condizioni di salute, solo la fecondazione in vitro con utilizzo di sperma di un donatore potrebbe permettere alla coppia ricorrente di realizzare il proprio desiderio di avere un bambino di cui almeno uno dei due ricorrenti sarebbe genitore genetico.

109. Tuttavia, il divieto delle tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro, sancito dall’articolo 3(1) della legge sulla procreazione assistita, che nel caso della prima e del secondo ricorrente non ammette la donazione di sperma, esclude questa possibilità. Nello stesso tempo l’articolo 3(2) della legge consente la donazione di sperma per la fecondazione in vivo.

110. La Corte ricorda che uno Stato può, fermo restando quanto disposto dall’articolo 8 della Convenzione, adottare una legislazione che regoli aspetti importanti della vita privata che non preveda un bilanciamento degli opposti interessi per ciascun caso specifico. Laddove tali importanti aspetti siano in gioco, l’adozione da parte del legislatore di norme di natura assoluta volte a promuovere la certezza del diritto non è incompatibile con l’articolo 8 (si veda la causa *Evans*, sopra citata, § 89).

111. La Camera ha attribuito particolare importanza al fatto che questo tipo di procreazione artificiale (donazione di sperma per il trattamento in vitro) combinava due tecniche che, prese da sole, erano permesse dalla legge sulla procreazione artificiale, vale a dire, da un lato, la fecondazione in vitro e, dall’altro, la donazione di sperma per il concepimento in vivo. Essa ha ritenuto che il divieto della combinazione di due tecniche mediche che, se applicate separatamente, erano consentite, richiedeva argomenti particolarmente persuasivi. Il solo argomento che, secondo la Camera, era specifico di tale divieto, era che l’inseminazione artificiale in vivo veniva utilizzata già da tempo, era facile da gestire e il suo divieto sarebbe stato pertanto difficile da monitorare. Tale argomento riguardava meramente la questione dell’efficienza, che non può prevalere sugli interessi particolarmente importanti delle persone interessate, ragion per cui la Camera ha concluso che la differenza nel trattamento in questione non era giustificata (si vedano §§ 92-93 della Sentenza della Camera).

112. La Grande Camera non è convinta di questo ragionamento. Essa ritiene che nell’esaminare la conformità del divieto di una specifica tecnica di procreazione artificiale ai requisiti della Convenzione, deve essere preso in considerazione il quadro giuridico di cui fa parte ed il divieto deve essere esaminato in questo contesto più ampio.

113. E’ vero che alcuni degli argomenti invocati dal Governo in difesa del divieto della donazione di gameti per la fecondazione in vitro possono riguardare solamente il divieto della donazione di ovuli, come la prevenzione dello sfruttamento delle donne in condizioni vulnerabili, la limitazione di eventuali rischi per la salute delle donatrici di ovuli e la prevenzione di relazioni familiari atipiche legate alla distinzione tra diverse maternità. Permangono tuttavia le perplessità di fondo sollevate dal Governo, vale a dire, che il divieto della donazione di gameti che prevede l’intervento di terzi in un processo medico altamente tecnico era una questione controversa nella società austriaca e solleva questioni complesse di natura sociale ed etica nelle quali non esisteva ancora un consenso nella società e che doveva tenere conto della dignità umana, il benessere dei bambini così concepiti e la prevenzione delle ripercussioni negative o del potenziale abuso. La Corte ha già concluso (*supra*) che il divieto della donazione di ovuli per la fecondazione in vitro, che si fondava su tali motivi, era

compatibile con i requisiti dell'articolo 8 della Convenzione e, nel prendere in considerazione il quadro generale in cui rientrava il divieto in questione, era pertinente al caso di specie.

114. Il fatto che il legislatore austriaco, nell'emanazione della legge sulla procreazione artificiale che sanciva la decisione di non consentire la donazione di sperma o di ovuli per la fecondazione in vitro, non vietava al contempo la donazione di sperma per la fecondazione in vitro – una tecnica tollerata da lungo tempo e comunemente accettata dalla società – è un elemento importante nel bilanciamento dei rispettivi interessi e non può ridursi a una semplice questione di efficacia del controllo dei divieti. Dimostra piuttosto l'approccio attento e cauto del legislatore austriaco nel tentare di conciliare le realtà sociali con la sua posizione di principio in materia. A tal riguardo la Corte osserva inoltre che la legislazione austriaca non vieta in alcun modo di rivolgersi all'estero per richiedere il trattamento contro la sterilità che utilizza tecniche di procreazione artificiale non permesse in Austria e che, nell'eventualità di un trattamento con esito positivo, il Codice Civile contiene norme molto chiare sulla paternità e la maternità rispettose dei desideri dei genitori (si veda, *mutatis mutandis*, la causa *A. B. e C. c. Irlanda*, sopra citata, § 239).

#### (e) Conclusioni della Corte

115. Alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte pertanto conclude che il legislatore austriaco non ha all'epoca ecceduto il margine di discrezionalità concessogli né per quanto riguarda il divieto di donazione di ovuli ai fini della procreazione artificiale né per quanto riguarda il divieto di donazione di sperma per la fecondazione in vitro previsto dall'articolo 3 della Legge sulla Procreazione Artificiale.

116. Ne consegue che non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione per quanto riguarda tutti i ricorrenti.

117. Ciononostante, la Corte osserva che il parlamento austriaco non ha, ad oggi, proceduto ad un esame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale, considerando la rapida evoluzione della scienza e della società a tal riguardo. La Corte nota inoltre che la Corte Costituzionale austriaca, nel constatare che il legislatore si era conformato al principio di proporzionalità di cui all'articolo 8 § 2 della Convenzione, aggiungeva che il principio adottato dal legislatore per consentire metodi omologhi di procreazione artificiale come regola e l'inseminazione con sperma donato come eccezione rifletteva lo stato della scienza medica dell'epoca e il consenso che esisteva nella società. Ciò non significa comunque che tali criteri non possano essere oggetto di sviluppi di cui il legislatore dovrà tenere conto in futuro.

118. Il Governo non ha indicato se le autorità austriache abbiano di fatto dato seguito a questo aspetto della decisione della Corte Costituzionale. A tal riguardo la Corte ricorda che la Convenzione è stata sempre interpretata e applicata alla luce delle circostanze attuali (si veda la causa *Rees c. Regno Unito*, 17 Ottobre 1986, § 47, Serie A n. 106). Anche se la Corte non evince alcuna violazione dell'articolo 8 nel caso di specie, essa ritiene che questa materia, in cui il diritto sembra essere in costante evoluzione e che è particolarmente soggetta ad un rapido sviluppo per ciò che attiene alla scienza e al diritto, richiede un esame permanente da parte degli Stati Contraenti (si veda la causa *Christine Goodwin*, sopra citata, § 74, CEDU 2002-VI, e la causa *Stafford c. Regno Unito* [GC], n. 46295/99, § 68, CEDU 2002-IV).

### III. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE IN COMBINATO DISPOSTO CON L'ARTICOLO 8

119. I ricorrenti lamentano che il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione in vitro previsto dall'articolo 3 (1) e (2) della legge sulla procreazione artificiale, ha violato i loro diritti garantiti dall'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.



120. Nelle circostanze del caso di specie, la Corte ritiene che la sostanza dei motivi di ricorso dei ricorrenti sia stata sufficientemente valutata nel quadro di esame delle loro affermazioni secondo l'articolo 8 della Convenzione. Ne consegue che non vi è alcuna ragione di esaminare separatamente i medesimi fatti dal punto vista dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

## PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE

1. *Rigetta*, all'unanimità, l'eccezione preliminare del Governo;
2. *Dichiara*, con tredici voti contro quattro, che non vi è stata alcuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione;
3. *Dichiara*, all'unanimità, che non è necessario esaminare il ricorso anche ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione.

Fatta in inglese e francese, e pronunciata in pubblica udienza a Strasburgo, Palazzo dei Diritti dell'Uomo, il 3 novembre 2011.

Michael O'Boyle  
Cancelliere Aggiunto

Jean-Paul Costa  
Presidente

Conformemente all'articolo 45 § 2 della Convenzione e all'articolo 74 § 2 del Regolamento della Corte, alla presente sentenza sono allegate le seguenti opinioni separate:

- (a) Opinione separata del giudice de Gaetano;
- (b) Opinione dissenziente comune dei giudici Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska e Tsotsoria .

J.-P.C.  
M.O.B.

## OPINIONE SEPARATA DEL GIUDICE DE GAETANO

1. Ho votato con la maggioranza nella presente causa in quanto ritengo che i fatti non rivelano una violazione dell'articolo 8, né in effetti dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8. Ciononostante, ho seri dubbi in merito ad alcune implicazioni del ragionamento della maggioranza.

2. La dignità umana – dalla quale scaturisce la nozione del valore inerente della vita umana – è al cuore medesimo dell'insieme della Convenzione. Essa può, naturalmente, rilevare più direttamente ed immediatamente alcune disposizioni della Convenzione rispetto ad altre. Una di tali disposizioni è l'articolo 8. Per rispondere alla questione, di cui ai paragrafi 85 e seguenti, di sapere se la causa deve essere esaminata dal punto di vista di una “ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto per le loro vite familiari...o di un inadempimento da parte dello Stato di un obbligo positivo a tal riguardo”, bisognerebbe innanzitutto stabilire i giusti parametri dell'articolo 8. Mentre non v'è alcun dubbio che la decisione di una coppia di concepire un bambino è una decisione che appartiene alla vita privata e familiare di tale coppia (e, nel contesto dell'articolo 12, al diritto della coppia di formare una famiglia), né l'articolo 8 né l'articolo 12 possono essere interpretati come conferenti il diritto a concepire un bambino *a qualunque costo*. Ritengo che il “desiderio” di un bambino non possa divenire un obiettivo assoluto che prevalga sulla dignità della vita umana.

3. Nella causa *Dickson c. Regno Unito*, di cui al paragrafo 81 della sentenza, la Corte ha in effetti dichiarato che la procreazione separata dall'atto coniugale rientrava nell'ambito dell'articolo 8. A mio avviso, tale decisione non ha dato risalto alla dignità umana ma si è semplicemente limitata a metterla in disparte rispetto ai progressi della scienza medica. L'atto personale tra un uomo e una donna, che costituisce la procreazione umana, è stato invece ridotto ad una tecnica medica o di laboratorio.

4. La presente sentenza suggerisce (si veda il paragrafo 106) che un “consenso europeo” sulla materia in esame è una considerazione importante per stabilire se vi sia stata o meno una violazione della Convenzione (nel caso di specie dell'articolo 8). Ed ancora, tale suggerimento devia l'attenzione dalla necessità di chiedersi se un particolare atto od omissione o limitazione faccia progredire o retrocedere la dignità umana (a parte il fatto che la storia ci insegna che il “consenso europeo” ha in passato portato ad atti di flagrante ingiustizia sia in Europa che altrove). Analogamente, è irrilevante sapere se il parlamento austriaco si sia o meno impegnato ad esaminare in modo approfondito “la normativa che regola la procreazione artificiale, tenendo conto dell'evoluzione rapida della scienza o della società” (si veda il paragrafo 117).

5. La procreazione artificiale (in opposizione alla procreazione naturale medicalmente assistita) solleva, naturalmente, altre questioni che vanno oltre la portata della presente sentenza, come il congelamento e la distruzione di embrioni umani.

6. Quali che siano i progressi della medicina e delle altre scienze, il riconoscimento dei valori e della dignità di ciascun individuo potrebbero richiedere il divieto di alcuni atti in nome dei valori inalienabili e della dignità intrinseca di tutti gli esseri umani. Tale divieto – come i divieti contro il razzismo, la discriminazione illegittima e l'emarginazione dei malati e dei disabili – non è una negazione dei diritti umani fondamentali ma un riconoscimento positivo ed un progresso degli stessi.

## PARERI DISSENZIENTI DEI GIUDICI TULKENS, HIRVELÄ, LAZAROVA TRAJKOVSKA E TSOTSORIA

(Traduzione)

1. Per quanto riguarda la questione particolarmente sensibile e delicata della procreazione medicalmente assistita (PMA), non condividiamo la conclusione della maggioranza secondo la quale non vi è stata violazione dell'articolo 8 della Convenzione nei confronti dei quattro ricorrenti.

2. Nel caso di specie, alla prima coppia non è stato consentito di utilizzare ovuli donati e alla seconda coppia non è stato consentito di utilizzare sperma donato, conformemente alla Legge sulla Procreazione Artificiale del 1992 che stabilisce che solamente i gameti dei coniugi (o di persone che vivono sotto il vincolo coniugale) possono essere utilizzati, vietando pertanto la PMA con un donatore terzo.

3. È importante anzitutto notare, tuttavia, che come la Camera, la Grande Camera conferma ed estende l'applicabilità dell'articolo 8 della Convenzione alla presente situazione. Infatti, sin dalla sentenza *Evans c. Regno Unito* del 10 aprile 2007 (Grande Camera), la nostra Corte ha accettato che il concetto di vita privata, secondo quanto previsto dall'articolo 8 della Convenzione, copra il diritto al rispetto della decisione di avere o non avere un figlio (si veda § 71). Inoltre, nella sentenza *Dickson c. il Regno Unito* del 4 dicembre 2007 (Grande Camera), che riguardava la possibilità di praticare l'inseminazione artificiale, la Corte ha concluso che l'articolo 8 era applicabile sulla base che la tecnica di procreazione in questione riguardava la vita privata e familiare delle persone interessate, specificando che tale nozione incorporava il diritto al rispetto della loro decisione di diventare genitori genetici (si veda il § 66). Nella fattispecie, la Corte dichiara che "il diritto di una coppia di concepire un figlio e di utilizzare la procreazione medicalmente assistita a tal fine è altresì protetto dall'articolo 8, come tale una scelta è l'espressione della vita privata e familiare" (si veda l'articolo 82 della sentenza). Tale riconoscimento è ancor più importante in quanto, a differenza della Camera, la Grande Camera limita successivamente il suo esame all'articolo 8 visto singolarmente, considerando che la sostanza delle doglianze dei ricorrenti rientrano in tale articolo. L'articolo 8 della Convenzione appare pertanto svolgere un ruolo ora più ampio in merito alle questioni legate alla procreazione e alla riproduzione.

4. In una materia in continua evoluzione, sia dal punto di vista scientifico e medico sia in termini sociali ed etici, una caratteristica del caso di specie è il *fattore tempo*. La decisione della Corte Costituzionale austriaca che rigettava il ricorso presentato dai ricorrenti è stata adottata il *14 ottobre 1999*. In tale decisione la Corte osservava che "le scelte che il legislatore [del 1992] aveva fatto rispecchiavano lo stato della scienza medica dell'epoca ed il consenso della società. Questo non significava, tuttavia, che tali criteri non erano soggetti ad evoluzioni di cui il legislatore avrebbe dovuto tener conto in futuro" (si veda il paragrafo 22 della sentenza). Il ricorso è stato presentato alla nostra Corte l'*8 maggio 2000* e la sentenza della Camera è stata adottata l'*1 aprile 2010*. In tali particolari circostanze, troviamo sia artificiale per la Corte limitarsi ad esaminare la situazione così come esisteva quando la Corte Costituzionale pronunciò la sentenza nel 1999 e nel contesto dell'epoca, deliberatamente privando la sentenza della Grande Camera, pronunciata alla fine del 2011, di qualsiasi valore reale. Vero è che la sentenza si preoccupa di specificare che "nulla impedisce alla Corte di prendere in considerazione per la sua valutazione gli sviluppi intervenuti successivamente" (si veda il paragrafo 84 della sentenza), tuttavia tale specificazione rimane in realtà una lettera morta.

5. Troviamo questo approccio, per il quale non esiste nella giurisprudenza della Corte alcun sostegno decisivo – infatti è proprio il contrario (si veda, tra l'altro, la causa *Yaşa c. Turchia*, 2 settembre 1998, § 94, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI, e la causa *Maslov c. Austria* [GC], n. 1638/03, §§ 91 e 92, 23 giugno 2008) – ancor più problematico in

quanto l'idea di fondo delle argomentazioni della Grande Camera si basano sul consenso in Europa riguardante la donazione di gameti (ovuli e sperma) che, come ben sappiamo, si è evoluta in modo considerevole (si vedano paragrafi 35 e seguenti della sentenza). Inoltre, la sentenza riconosce chiaramente il seguente punto: "Dal materiale a disposizione della Corte, sembrerebbe che dopo la decisione della Corte Costituzionale nel caso di specie, la scienza medica abbia registrato enormi progressi ai quali alcuni Stati contraenti hanno dato riscontro nella loro legislazione. Tali cambiamenti potrebbero pertanto avere delle ripercussioni sulla valutazione dei fatti da parte della Corte" (si veda il paragrafo 84 della sentenza). Non hanno tuttavia avuto successive ripercussioni.

6. Più specificamente, e a nostro avviso questo elemento ha un certo peso, la maggioranza nota espressamente che il parlamento austriaco non ha ad oggi proceduto ad un riesame approfondito della normativa che regola la procreazione artificiale alla luce dell'evoluzione rapida che la scienza e la società conosce a tal riguardo, nonostante il fatto che la Corte Costituzionale – nel 1999 – avesse precisato che tali criteri erano soggetti a sviluppi che il legislatore avrebbe di fatto dovuto prendere in considerazione (si veda il paragrafo 117 della sentenza). Ebbene, sono trascorsi dieci anni e nessun seguito è stato dato alla questione in alcun modo. Ciononostante, la Grande Camera considera che il legislatore abbia rispettato il principio di proporzionalità di cui all'articolo 8 § 2 della Convenzione limitandosi ad invitare "gli Stati Contraenti ad un esame costante" (si veda il paragrafo 118 della sentenza).

7. Anche se fosse accettabile nel 2011 di tenere conto in via esclusiva della situazione esistente nel 1999, sarebbe comunque necessario che il consenso in Europa così come esisteva all'epoca sia attentamente verificato al fine di determinare l'ampiezza del margine di discrezionalità in quanto "laddove un particolarmente importante aspetto dell'esistenza o dell'identità di un individuo sia in gioco, il margine consentito ad uno Stato sarà di norma limitato" (si veda il paragrafo 95 della sentenza). Pertanto, ad esempio, nella sentenza *Connors c. Regno Unito* del 27 maggio 2004 la Corte ricordava che il margine "tenderà ad essere più ristretto laddove il diritto il gioco sia cruciale all'effettivo godimento "dell'intimità" o dei "diritti fondamentali" dell'individuo (si veda § 82), che è chiaramente il caso in questione.

8. Anche secondo uno studio comparato sulla procreazione medicalmente assistita effettuato dal Consiglio d'Europa in 39 Paesi nel 1998, la donazione di ovuli era vietata all'epoca solamente in otto Paesi mentre la donazione di sperma in cinque Paesi. Nonostante ciò, la Corte ritiene che "il consenso non sia, tuttavia, basato su principi consolidati nella legislazione degli Stati membri ma che rifletta piuttosto una fase dell'evoluzione nell'ambito di un campo particolarmente dinamico del diritto e non limita in modo decisivo il margine di discrezionalità dello Stato" (si veda il paragrafo 96 della sentenza). Per la prima volta in assoluto la Corte conferisce una nuova dimensione al consenso europeo e gli fissa una soglia particolarmente bassa, lasciando al margine di discrezionalità degli Stati una estensione potenzialmente illimitata. L'attuale clima conduce probabilmente ad un tale passo indietro. Le differenze dell'approccio della Corte rispetto al valore determinante del consenso europeo ed in qualche misura l'atteggiamento lassista per ciò che riguarda gli elementi obiettivi utilizzati per determinare il consenso<sup>1</sup> sono qui spinti al loro limite, generando grave incertezza giuridica.

9. E' da rilevare che in un rapporto riguardante un meeting sugli "*Medical, ethical and social aspects of assisted reproduction*" organizzato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità già nel 2001, gli autori evidenziano che "[è] un fatto comunemente accettato che l'infertilità colpisce più di 80 milioni di persone in tutto il mondo. In linea generale, una coppia su dieci soffre di infertilità di primo o secondo grado" ed "è quindi un elemento centrale nelle vite delle persone che ne soffrono. E' una fonte di sofferenza sia a livello sociale che psicologico sia per gli uomini che per le donne e può mettere a dura prova il

---

<sup>1</sup> "Il ruolo del consenso nel sistema della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo", *Dialogo tra Giudici*, Corte Europea dei Diritti Umani, Consiglio d'Europa, 2008.

rapporto della coppia”<sup>2</sup>. Oggi, “la società deve affrontare le nuove sfide messe in rilievo da [una] rivoluzione tecnologica [nel campo della produzione assistita] e le sue implicazioni sociali”<sup>3</sup>. A tal riguardo, ci sembra importante richiamare l’articolo 12 § 1 e l’articolo 15 § 1 b) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (1966) il quale riconosce il diritto di tutti di godere dei benefici del progresso scientifico e relative applicazioni, ed il diritto di tutti al massimo livello possibile di salute fisica e mentale. Infine, ciò che è in gioco qui non è una questione di scelta tra tecniche diverse ma, più fundamentalmente, la limitazione dell’accesso alla fecondazione in vitro eterologa che costituisce un rifiuto di accesso al trattamento disponibile..

10. Nonostante il fatto che i dati dell’epoca supportassero maggiormente l’approccio opposto, e senza prendere in considerazione i progressi che erano occorsi nel frattempo, la Grande Camera afferma senza alcuna esitazione che non vi è ancora “una chiara posizione comune tra gli Stati membri” e che il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto “debba essere di ampio raggio”, permettendogli in tal modo di conciliare le realtà sociali con le sue posizioni di principio. Questo tipo di ragionamento implica che tali fattori debbano oramai lasciare il passo al consenso europeo, che è una svolta pericolosa nella giurisprudenza della Corte considerando che uno dei compiti della Corte è precisamente quello di contribuire all’armonizzazione in tutta Europa dei diritti garantiti dalla Convenzione<sup>4</sup>.

11. Insieme al consenso europeo, il margine di discrezionalità è quindi l’altro pilastro del ragionamento della Grande Camera. Ciò è talvolta descritto come ampio o esteso (si veda il paragrafo 97 della sentenza), ed è talvolta invocato senza alcun aggettivo qualificante (si vedano i paragrafi 106 e 115 della sentenza), lasciando trasparire una certa esitazione circa il giusto peso da attribuire a tale concetto e alla gravità della limitazione in questione. Ne consegue che la posizione della Corte è poco chiara ed incerta, o persino offuscata. Mentre il riconoscere che il legislatore avrebbe potuto fornire soluzioni giuridiche accettabili o forse più equilibrate alle difficoltà associate alla donazione di ovuli e sperma, la Grande Camera si limita ad esaminare se, con l’adozione della soluzione impugnata, esso oltrepassava il margine di discrezionalità (si veda il paragrafo 106 della sentenza). E’ nostro parere che la questione non sia questa. Da un lato, dove gli Stati hanno autorizzato la PMA, la Corte deve verificare se il relativo beneficio sia concesso in conformità con i loro obblighi ai sensi della Convenzione e se essi abbiano scelto i mezzi meno lesivi dei diritti e delle libertà. Il margine di discrezionalità va di pari passo con il controllo europeo. Dall’altro lato, in un caso delicato come quello presente, la Corte non dovrebbe utilizzare il margine di discrezionalità come “sostituto pragmatico di un approccio studiato a fondo del problema della portata del sindacato giurisdizionale.”<sup>5</sup>. Infine, attraverso l’effetto combinato del consenso europeo e del margine di discrezionalità, la Corte ha scelto un approccio minimo – o anche minimalista – che difficilmente illuminerà i tribunali nazionali.

12. Uno degli argomenti sostenuti dal Governo e accettato dalla maggioranza è a nostro avviso particolarmente problematico, vale a dire, che “secondo il diritto austriaco non esiste alcun divieto a recarsi all’estero per sottoporsi al trattamento dell’infertilità che utilizza tecniche di procreazione artificiale non consentite in Austria e che, qualora il trattamento abbia esito positivo, il Codice Civile contiene norme chiare sulla paternità e maternità che rispettano i desideri dei genitori (si veda il paragrafo 114 della sentenza)”<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> E. VAYENA et al. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Geneva, World Health Organisation, 2002, p. XIII.

<sup>3</sup> M.F. FATHALLA, “Current challenges in assisted reproduction”, in E. VAYENA et al. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, op. cit., p. 20.

<sup>4</sup> C.L. ROZAKIS, “The European Judge as Comparatist”, *Tul. L. Rev.*, vol. 80, no. 1, 2005, p. 272.

<sup>5</sup> Parere congiunto dissenziente dei Giudici Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann e Ziemele, allegato alla sentenza *Evans c. Regno Unito* [GC] del 10 aprile 2007, punto 12.

<sup>6</sup> Si veda, su questo punto, R.F. STORROW, “The pluralism problem in cross-border reproductive care”, *Human Reproduction*, vol. 25, no. 12, 2010, pp. 2939 et seq.

13. Noi riteniamo che l'argomento secondo il quale le coppie possono recarsi all'estero (senza tenere conto delle potenziali difficoltà pratiche o dei costi) non affronta la questione reale, che è quella dell'ingerenza nella vita privata dei ricorrenti a seguito del divieto assoluto che esiste in Austria, omette di soddisfare in pieno i requisiti della Convenzione riguardanti il diritto dei ricorrenti di conformità con l'articolo 8. Inoltre, avallando il ragionamento del Governo secondo il quale, nel caso in cui il trattamento all'estero abbia esito positivo, la paternità e la maternità del bambino saranno regolate dal Codice Civile secondo i desideri dei genitori, la Grande Camera mina considerevolmente la forza degli argomenti basati "sulle remore di una larga parte della società circa il ruolo e le possibilità della moderna medicina riproduttiva", in particolare per ciò che concerne la creazione di rapporti familiari atipici (si veda il paragrafo 113 della sentenza). Da ultimo, se le preoccupazioni per garantire il migliore interesse del bambino – presumibilmente compromesso dal ricorso ai mezzi di riproduzione vietati – scompaiono in quanto si è oltrepassato il confine, lo stesso vale per le preoccupazioni riguardanti la salute della madre invocata più volte dal Governo convenuto per giustificare il divieto.

14. Per tutti i motivi sopra esposti, concludiamo che nel caso di specie vi è stata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione nei confronti dei quattro ricorrenti.

## **Art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) CEDU**

### ***f) Mallah c. Francia – Quinta sezione, sentenza del 10 novembre (ric. n. 29681/08)***

**Una condanna con esenzione dalla pena per aver aiutato uno straniero a soggiornare irregolarmente nello Stato non costituisce una violazione della Convenzione: non violazione dell'art. 8.**

*In fatto:* il ricorrente, El Houssine Mallah era un cittadino marocchino, nato nel 1957 e residente ad Ajaccio (Francia), dove viveva da più di trent'anni con la moglie e i cinque figli.

Nell'agosto 2003, la figlia del Mallah si era sposata con B.A., cittadino marocchino residente in Marocco, e i due avevano instaurato la procedura di ricongiungimento familiare, per consentire all'uomo di raggiungere la moglie in Francia. Nel dicembre 2005, B.A. entrava regolarmente in Francia con un visto trimestrale e veniva ospitato dal Mallah, presso il quale rimaneva anche dopo la scadenza del visto, per assistere la moglie incinta. Nell'aprile 2006, la polizia del Sud della Corsica riceveva una lettera anonima che denunciava la presenza di un clandestino nel domicilio del Mallah. La polizia, dunque, effettuava una perquisizione e, trovato B.A., lo arrestava insieme al Mallah.

Dopo essersi rifiutato di patteggiare la pena, il Mallah veniva citato in giudizio innanzi al tribunale di Ajaccio per aver aiutato uno straniero a soggiornare irregolarmente nello Stato (reato previsto dal Codice per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nello Stato e per il diritto d'asilo).

Nell'agosto 2006, B.A. e sua moglie presentavano una domanda di ricongiungimento familiare e, alla fine del mese, il procuratore informava il Mallah di aver deciso di rinunciare a proseguire l'azione penale nei suoi confronti perché, alla luce di nuovi elementi portati a sua conoscenza, il reato non sembrava più sussistere.

Tuttavia, nel settembre 2006, il tribunale dava seguito alla citazione e giudicava Mallah colpevole del delitto di cui era stato accusato, esentandolo però dalla pena perché la situazione antiquiuridica era venuta meno.

Nell'ottobre 2006, la domanda di ricongiungimento familiare di B.A. e della moglie veniva accettata e in novembre nasceva il figlio.

Nell'aprile 2007, la Corte d'appello di Bastia confermava la sentenza del tribunale di Ajaccio, ritenendo che il comportamento del Mallah fosse stato dettato solamente dalla generosità nei confronti del genero. Il Mallah, però, si rivolgeva alla Corte di cassazione, lamentando la violazione dell'art. 8 CEDU e, a seguito della decisione negativa dei giudici di nomofilachia, presentava ricorso alla Corte europea, ritenendo che l'essere stato condannato per aver aiutato il proprio genero a soggiornare in Francia – pur con esenzione dalla pena – costituisse una violazione del suo diritto al rispetto della propria vita familiare. Lo stesso governo francese non contestava la sussistenza di un'ingerenza nella vita privata e familiare del Mallah.

*In diritto: Articolo 8.* La Corte ha osservato che la condanna si basava su una legge interna volta a proteggere l'ordine pubblico e a prevenire la commissione dei reati che solitamente si accompagnano all'immigrazione clandestina, soprattutto vi sono vere e proprie organizzazioni criminali che «aiutano» gli stranieri per riceverne in cambio somme ingenti.

I giudici di Strasburgo, inoltre, hanno considerato che il rapporto sussistente tra un genero e il suocero rientra nella definizione di «vita familiare» di cui all'art. 8 CEDU, ricordando che tale nozione non è limitata alle relazioni fondate sul matrimonio, ma può accogliere anche altri legami, come quelli che s'instaurano tra persone che convivono senza essere sposate.

Secondo la Corte, il fatto che B.A. abitasse insieme al Mallah, che ne avesse sposato la figlia, che avesse instaurato il procedimento per ottenere il ricongiungimento familiare e che aspettasse un bambino erano elementi sufficienti per ritenere che tra i due uomini si fosse stabilito un legame «familiare».

Quanto alla condanna, la norma incriminatrice era prevista dalla legge ed era sufficientemente chiara. Inoltre, le particolari immunità previste per i membri della famiglia dello straniero non erano applicabili al Mallah, con la conseguenza che i giudici nazionali non potevano che condannarlo, pur decidendo di esentarlo dalla pena alla luce delle circostanze particolari del caso di specie e del comportamento dell'imputato, mosso unicamente dalla generosità.

Secondo la Corte, i magistrati francesi avevano individuato un giusto punto di equilibrio tra l'interesse pubblico a perseguire l'immigrazione irregolare e il diritto del Mallah al rispetto della propria vita familiare e, per questo, l'art. 8 CEDU non è stato violato.



*Opinione dissenziente.*

Il giudice Ann Power-Forde ha espresso un'opinione dissenziente il cui testo è allegato alla sentenza.

## **Art. 10 (Libertà di espressione) CEDU**

***g) Koprivica c. Montenegro - Quarta sezione, sentenza del 22 novembre (ric. n. 41158/09)***

**La condanna di un redattore capo a pagare un risarcimento danni di ammontare 25 volte superiore alla sua pensione viola i suoi diritti umani: violazione dell'articolo 10**

*In fatto* - Il ricorrente, Veseljko Koprivica, è un cittadino montenegrino nato nel 1948 e residente a Podgorica (Montenegro). Egli era redattore capo di "Libéral", un settimanale montenegrino di opposizione..

Il 24 settembre 1994, "Libéral" pubblicò un articolo intitolato "Sedici", apparentemente redatto dal suo corrispondente speciale all'Aia. L'articolo riferiva che numerosi giornalisti, fra cui 16 montenegrini, stavano per essere processati per incitamento alla guerra dal Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (il TPIY). Due funzionari del TPIY erano indicati come incaricati dell'istruzione del dossier davanti a questa giurisdizione ed era riprodotta una lista di 16 giornalisti montenegrini che si presunti implicati.

Nell'ottobre 1994, uno di questi 16 giornalisti, egli stesso redattore capo di un grande organo di comunicazione pubblico, lamentò davanti ad un giudice un pregiudizio alla sua reputazione causato da tale articolo e chiese il risarcimento dei danni. Nel maggio 2002, il TPIY fece sapere al tribunale di prima istanza di Podgorica che esso ignorava tutto del giornalista il quale si doleva dell'articolo del signor Koprivica. Nell'ambito del procedimento civile instaurato da questo giornalista nei confronti del sig. Koprivica, quest'ultimo sosteneva che si era fidato delle informazioni comunicate dal corrispondente speciale della rivista all'Aia. Riguardo a ciò che aveva detto il TPIY, egli dichiarò di non essere interessato dal contenuto della lettera di tale giurisdizione né dalla presenza o meno del giornalista in questione nella lista, perché aveva potuto vedere personalmente il lavoro di questo giornalista nel passato.

Nel maggio 2004, il tribunale di prima istanza diede parzialmente ragione al giornalista. Esso condannò in solido il sig. Koprivica e il fondatore di "Libéral" a pagare 5.000 euro a

titolo di risarcimento dei danni al giornalista. Esso aveva concluso che le affermazioni pubblicate non erano vere e che il sig. Koprivica non aveva cercato di verificare la verità dei fatti. Nel novembre 2009, il tribunale di prima istanza precisò che il sig. Koprivica doveva pagare i danni mediante bonifici regolari il cui importo ammontava alla metà della sua pensione. Al 14 ottobre 2011, restava il residuo della somma che il sig. Koprivica doveva ancora pagare ammontava a 853 euro. Invocando l'articolo 10, il ricorrente vedeva nella sua condanna a pagare dei danni per la pubblicazione dell'articolo nel 1994 una violazione del suo diritto alla libertà di espressione

*In diritto* - Libertà di espressione (articolo 10)

*Ricevibilità.* La Corte ritiene, contrariamente a ciò che sostiene il Governo montenegrino, che il sig. Koprivica non era tenuto a ricorrere alla Corte costituzionale del Montenegro. In effetti, benché sia possibile adire l'alta giurisdizione dall'ottobre 2007, i ricorsi presentati davanti ad essa sono stati sistematicamente rigettati. In particolare, al 31 luglio 2009, data di presentazione del ricorso alla Corte europea del sig. Koprivica, mai un ricorso costituzionale era stato accolto e nessuna decisione della Corte costituzionale era stata pubblicata. Avendo il sig. Koprivica ormai esaurito tutti i rimedi interni effettivi che gli erano consentiti, il suo ricorso è ricevibile.

*Merito.* La Corte constata che la sentenza civile definitiva in questione costituisce manifestamente una ingerenza nell'esercizio da parte del sig. Koprivica del suo diritto alla libertà di espressione. L'ingerenza è prevista dalla legge e persegue lo scopo legittimo di proteggere la reputazione altrui, in conformità all'articolo 10. La Corte esamina in seguito se questa decisione era "necessaria in una società democratica". Essa rileva che l'articolo di stampa in questione adduceva manifestamente un fatto, che esso avrebbe dovuto dunque eventualmente provare. Le informazioni pubblicate muovevano contro il giornalista delle accuse gravi, tanto più amplificate dalla sensibilità del contesto regionale all'epoca dei fatti. Di conseguenza, il redattore capo avrebbe dovuto verificare con particolare diligenza tali informazioni prima di diffonderle fra il grande pubblico. Il sig. Koprivica sosteneva che non aveva potuto verificare le informazioni pubblicate dato che all'epoca non vi erano né connessione Internet né contatti ufficiali fra la Repubblica federale di Jugoslavia e il TPIY. La Corte stima che tali ragioni non possono giustificare il fatto che non si fosse nemmeno cercato con altri mezzi di raggiungere il TPIY né di riverificare la veridicità delle informazioni alla fine pubblicate. Certo, una informazione è un bene deperibile la cui pubblicazione tardiva rischierebbe di toglierle valore e interesse. Tuttavia, l'articolo in questione è stato pubblicato in una rivista settimanale e non in un quotidiano e il sig.

Koprivica aveva dunque più tempo per verificare tali informazioni. Inoltre, egli ha apertamente dichiarato che la verifica della veridicità e dell'affidabilità delle informazioni prima della loro pubblicazione non gli interessava.

La Corte conclude che il sig. Koprivica non ha fatto tutto il possibile per verificare le informazioni presentate come fatti nella sua pubblicazione. Stando così le cose, i tribunali montenegrini hanno rifiutato di sentire le testimonianze giudicate meritevoli di interesse dal sig. Koprivica, specialmente quella del corrispondente speciale della rivista che aveva redatto egli stesso l'articolo controverso. Ad ogni modo, la Corte conclude che essa non deve risolvere definitivamente tali questioni, essendo il risarcimento dei danni, cui il sig. Koprivica era stato condannato, eccessivo. L'ammontare è sproporzionato, in particolare in relazione alla pensione da lui percepita. Il Governo montenegrino ha certo affermato che l'interessato non aveva la pensione come suo unico reddito, ma non ne ha portato la prova. Inoltre, anche in rapporto ai redditi più alti del Montenegro, le somme che il sig. Koprivica era stato condannato a pagare a titolo di risarcimento di danni e spese restano eccessive.

*Conclusione:* violazione dell'articolo 10.

*Articolo 41:* la Corte ritiene che, allo stato, la questione dell'applicazione dell'articolo 41 della convenzione deve essere riservata.



# **CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

a cura di *Ornella Porchia*

Il presente bollettino contiene soltanto una selezione delle pronunce rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel mese di novembre. Il testo integrale di tutte le sentenze è reperibile attraverso la consultazione del sito ufficiale [www.curia.eu](http://www.curia.eu).



## 1. Inadempimento dello Stato.

**Corte di giustizia (Grande sezione), 15 novembre 2011, causa C-539/09, Commissione sostenuta da Parlamento europeo, Corte dei Conti c. Germania**

*«Inadempimento di uno Stato - Intenzione espressa dalla Corte dei conti di procedere a controlli in uno Stato membro - Rifiuto opposto da detto Stato membro - Poteri della Corte dei conti - Art. 248 CE - Controllo della cooperazione tra le autorità amministrative nazionali in materia di imposta sul valore aggiunto - Regolamento (CE) n. 1798/2003 - Entrate comunitarie - Risorse proprie provenienti dall'imposta sul valore aggiunto».*

La procedura per inadempimento è stata provocata dall'opposizione da parte delle autorità tedesche al controllo che la Corte dei conti avrebbe voluto effettuare presso la Corte dei conti federale tedesca al fine di procedere alle verifiche, a norma dell'art. 248 CE (*ora art 287 TFUE*), afferenti alle risorse proprie provenienti dall'IVA (le «risorse IVA») e relative alla cooperazione tra le autorità amministrative degli Stati membri in materia di IVA ai sensi del regolamento n. 1798/2003. L'obiettivo del controllo era, da un lato, di accertare se la Repubblica federale di Germania avesse predisposto le strutture amministrative e organizzative necessarie per detta cooperazione amministrativa e, dall'altro, esaminare come funzionasse tale cooperazione in caso di richieste di informazioni ex art. 5 di detto regolamento. La Corte dei conti federale tedesca era invitata a partecipare a detto controllo ai sensi dell'art. 248, n. 3, CE (*ora art. 287 n. 3 TFUE*). La Commissione, informata del rifiuto opposto dal Ministero delle finanze all'espletamento di tale controllo, ritenendo che la Germania avesse violato i propri obblighi, avviava la procedura per infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

La Corte di giustizia, dopo aver ricordato le funzioni della Corte dei conti e la natura del gettito IVA, ha posto in evidenza che **il sistema di risorse proprie** predisposto in esecuzione del Trattato è **effettivamente finalizzato, quanto alle risorse IVA, ad istituire un obbligo a carico degli Stati membri di mettere a disposizione della Comunità, come risorse proprie, una parte delle somme che essi riscuotono a titolo di IVA** (v., in questo senso, sentenza 13 marzo 1990, causa C-30/89, *Commissione/Francia*, Racc. p. I-691, punto 23). La Corte ha quindi sottolineato che gli Stati membri, per garantire un prelievo effettivo di detto gettito dell'IVA ed essere in grado di mettere a disposizione del bilancio comunitario, nella misura richiesta dalle decisioni 2000/597 o 2007/436 e dal regolamento n. 1553/89, le corrispondenti risorse IVA, sono tenuti ad osservare le varie norme del diritto comunitario relative a tali prelievi, come quelle contenute nella sesta direttiva IVA e nella direttiva IVA, o

ancora nel regolamento n. 1798/2003. Sotto questo profilo, la situazione è notevolmente diversa da quella che vale per le risorse proprie fondate sul Reddito Nazionale Lordo (RNL) degli Stati membri.

Pertanto, secondo la Corte, sussiste un **nesso diretto** tra, da un lato, la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto comunitario applicabile e, dall'altro, la messa a disposizione del bilancio comunitario delle corrispondenti risorse IVA, poiché **qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde**.

Del pari, una volta ricordato come dagli artt. 2 e 22 della sesta direttiva IVA e dall'art. 10 CE (*ora art. 4 TFUE*) emerge che ogni Stato membro ha l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative idonee a garantire che l'IVA dovuta nel suo territorio sia interamente riscossa, e precisato che, nell'ambito del sistema comune dell'IVA, gli Stati membri sono tenuti a garantire il rispetto degli obblighi a carico dei soggetti passivi e che, a tale riguardo, gli Stati membri godono di una certa libertà in relazione, segnatamente, al modo di utilizzare i mezzi a loro disposizione, la Corte ha aggiunto che **questa libertà è limitata dall'obbligo di garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie della Comunità** (sentenza 17 luglio 2008, causa C-132/06, *Commissione/Italia*, *Racc.* p. I-5457, punti 37-39). Del pari, ha rammentato che ogni riduzione delle risorse IVA deve essere compensata tramite una riduzione delle spese o un aumento delle risorse proprie fondate sul RNL, circostanza idonea ad incidere **sull'equilibrio generale del sistema delle risorse proprie destinato a coprire le spese della Comunità**.

Per quanto riguarda, più precisamente, il regolamento n. 1798/2003, la Corte di giustizia ha osservato che i meccanismi di cooperazione che vincolano gli Stati membri in forza di tale regolamento, mirando a contrastare la frode e l'evasione in materia di IVA nell'insieme degli Stati membri, sono essi stessi idonei ad esercitare un'influenza diretta e sostanziale sull'effettiva riscossione del gettito dell'IVA e, pertanto, sulla messa a disposizione del bilancio comunitario delle risorse IVA.

A questo proposito la Corte ha, da un lato, sottolineato che una parte significativa delle frodi in materia di IVA viene perpetrata in occasione di scambi intracomunitari reali o fittizi e, dall'altro, ha ricordato che **la reciproca assistenza e la cooperazione amministrativa tra le autorità tributarie degli Stati membri coinvolti riveste un'importanza fondamentale**, segnatamente nell'ottica di evitare che gli acquisti intracomunitari sfuggano al pagamento dell'IVA (v., in questo senso, sentenza 7 dicembre 2010, causa C-285/09, *R.*, punto 52). Ha inoltre evidenziato che l'effettiva applicazione, da parte di uno Stato membro, delle norme sulla cooperazione istituita dal regolamento n. 1798/2003 è idonea a condizionare non solo



l'attitudine di tale Stato membro a lottare efficacemente contro la frode e l'evasione fiscale sul suo territorio, bensì anche quella degli altri Stati membri a garantire siffatta lotta nei loro rispettivi territori, soprattutto quando la corretta applicazione dell'IVA in tali altri Stati membri dipende da informazioni in possesso di detto Stato membro o che possono essere ottenute molto più facilmente da quest'ultimo.

La Corte ha altresì dichiarato che **una cooperazione tra le amministrazioni nazionali** come quelle istituita dal regolamento n. 1798/2003, quando è realizzata efficacemente ed in modo conforme alle disposizioni di tale regolamento, **è idonea a contribuire ad una riduzione delle frodi e all'effettiva riscossione del gettito dell'IVA nonché, in misura corrispondente, al mantenimento delle risorse IVA ad un livello adeguato secondo i vari atti legislativi comunitari applicabili e, di conseguenza, a preservare l'equilibrio generale delle risorse proprie.**

Ciò premesso ha riconosciuto che la Corte dei conti era competente ad effettuare il controllo controverso che aveva programmato, in quanto quest'ultimo, vertendo sulla cooperazione amministrativa ai sensi del regolamento n. 1798/2003, era effettivamente collegato alle entrate della Comunità, considerate sotto il profilo della loro legittimità e della relativa sana gestione finanziaria, e presentava, pertanto, un nesso diretto con le funzioni attribuite a tale istituzione dall'art. 248 CE.

Quanto alla rilevanza del principio di sussidiarietà, richiamato in subordine dalla Repubblica federale di Germania nel suo controricorso, la Corte ha precisato che, anche qualora si ritenga che nella fattispecie tale principio vada applicato, **la dimensione internazionale** della cooperazione amministrativa in materia di IVA istituita dal regolamento n. 1798/2003 dovrebbe indurre comunque a considerare il controllo controverso **conforme a tale principio**. Infatti, dato che un controllo di tal genere è finalizzato a sincerarsi del corretto funzionamento della cooperazione cui partecipano amministrazioni di tutti gli Stati membri – corretto funzionamento da cui dipende in parte la capacità di ciascuna di tali amministrazioni di contrastare efficacemente la frode e l'evasione fiscali nel proprio territorio –, **detto controllo sarà necessariamente realizzato meglio in modo centralizzato, a livello della Comunità, dalla Corte dei conti, dato che, in particolare, la sfera di competenza di quest'ultima, diversamente da quella delle corti dei conti nazionali, si estende a tutti gli Stati membri.**

In conclusione la Corte ha dichiarato l'inadempimento della Germania per essersi opposta allo svolgimento del controllo sul suo territorio da parte della Corte dei Conti.

**Corte di giustizia (Terza sezione), 17 novembre 2011, causa C-496/09, Commissione c. Italia**

*«Inadempimento di uno Stato - Sentenza della Corte che accerta un inadempimento - Mancata esecuzione - Art. 228 CE - Sanzioni pecuniarie».*

Con la sentenza segnalata la Corte ha per la prima volta ingiunto all'Italia, *ai sensi dell'art. 260 TFUE (già art. 228 CE), il pagamento di sanzioni pecuniarie per il mancato rispetto di una precedente sentenza (resa ai sensi art. 258 TFUE, già art. 226 CE).*

Nello specifico, la Corte ha dichiarato l'inadempimento dell'Italia per la mancata adozione di tutte le misure necessarie per conformarsi alla sentenza del 1° aprile 2004, causa C-99/02, *Commissione/Italia (Racc. p. I-3353)*, concernente il recupero presso i beneficiari degli aiuti dichiarati illegali e incompatibili, ai sensi della decisione della Commissione 11 maggio 1999, 2000/128/CE, relativa al regime di aiuti concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione (*GUCE* 2000, L 42, p. 1).

La Corte ha innanzitutto ribadito che, **nel caso di mancata impugnazione della decisione della Commissione che dispone la soppressione di un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune, il solo motivo difensivo che uno Stato membro può opporre al ricorso per inadempimento è l'impossibilità assoluta di dare correttamente esecuzione alla decisione**, sottolineando a questo proposito che né il timore di difficoltà interne, anche insormontabili, né il fatto che lo Stato membro di cui trattasi senta la necessità di verificare la situazione individuale di ciascuna impresa interessata può giustificare, in questo senso, l'inosservanza agli obblighi che gli incombono ai sensi del diritto dell'Unione.

La Corte ha quindi constatato che i provvedimenti attuati dalla Repubblica italiana a decorrere dal 2006 al fine di rimediare alle difficoltà di individuazione e di recupero degli importi degli aiuti illegali in questione si sono rivelati **idonei** a farne progredire il recupero e che il ritardo accumulato nell'eseguire la decisione 2000/128 è essenzialmente **imputabile** all'intervento tardivo dello stesso Stato membro, che ha adottato detti provvedimenti non prima che fossero trascorsi più di due anni dalla citata sentenza. A tale proposito, la Corte ha ritenuto **privo di pertinenza** il fatto che lo Stato membro interessato **avesse comunicato alla Commissione le difficoltà** riscontrate nel recupero di detti aiuti e le soluzioni adottate per rimediarvi.

D'altronde, secondo la Corte, se è vero che la Repubblica italiana necessitava di un lasso di tempo maggiore per individuare i beneficiari e l'importo degli aiuti concessi ai sensi di un regime dichiarato incompatibile con il mercato comune rispetto al caso in cui si fosse trattato di un aiuto individuale, elemento questo che può essere preso in considerazione al fine

di stabilire l'importo di base della penalità, dalle spiegazioni fornite da tale Stato membro **non risulta peraltro, come impone l'esecuzione della sentenza d'inadempimento pronunciata in un caso del genere, che tutti i provvedimenti adottati al fine di recuperare gli aiuti in questione siano stati sottoposti a un controllo permanente ed efficace.**

Accertato l'inadempimento la Corte ha preso in esame la possibilità di infliggere una somma forfettaria o una penalità ai sensi dell'art. 260 TFUE. A questo proposito il giudice di Lussemburgo ha ricordato che **proposte della Commissione quanto alle sanzioni economiche non possono vincolarla e costituiscono soltanto un utile punto di riferimento.** Parimenti, orientamenti quali quelli contenuti nelle comunicazioni della Commissione non vincolano la Corte, ma contribuiscono a garantire la trasparenza, la prevedibilità e la certezza giuridica dell'azione condotta da tale istituzione (sentenza 7 luglio 2009, causa C-369/07, *Commissione/Grecia*, Racc. p. I-5703, punto 112 e giurisprudenza ivi citata).

Quanto alla penalità di mora, la Corte ha dapprima constatato che, alla data in cui si è chiusa la fase orale del procedimento, una parte sostanziale degli aiuti in questione non era ancora stata recuperata. Ha quindi ritenuto **il pagamento di una penalità un mezzo finanziario appropriato al fine di incitare quest'ultima ad adottare i provvedimenti necessari per mettere fine all'inadempimento constatato e per garantire la completa esecuzione della decisione 2000/128 nonché della citata sentenza Commissione/Italia.**

La Corte ha quindi condannato (*per la prima volta*) la Repubblica italiana a versare alla Commissione, sul conto «Risorse proprie dell'Unione europea», una penalità di importo **corrispondente alla moltiplicazione dell'importo di base di EUR 30 milioni per la percentuale degli aiuti illegali incompatibili** il cui recupero non è ancora stato effettuato o non è stato dimostrato al termine del periodo di cui trattasi, calcolata rispetto alla totalità degli importi non ancora recuperati alla data della pronuncia della presente sentenza, **per ogni semestre di ritardo** nell'attuazione dei provvedimenti necessari per conformarsi alla citata sentenza 1° aprile 2004, *Commissione/Italia*, a decorrere dalla sentenza in esame.

Ai fini del calcolo della penalità con riferimento alle imprese in stato di fallimento o soggette a procedura fallimentare, la Corte ha precisato che spetta all'Italia fornire la prova dell'ammissione al passivo dei crediti nella procedura fallimentare. Se non è in grado di pervenirvi, spetta a tale Stato membro apportare **qualsiasi elemento atto a dimostrare di avere impiegato tutta la necessaria diligenza a tal fine. In particolare, nel caso in cui la domanda di ammissione di un credito al passivo sia stata respinta, ad esso incombe l'onere di dimostrare di avere avviato, in conformità al diritto nazionale, tutti i procedimenti idonei per opporsi a detto rigetto.** Di conseguenza e contrariamente a quanto

sostenuto dalla Commissione, la Corte ha stabilito che **non può essere posto a carico della Repubblica italiana l'onere di fornire la prova** non solo dell'iscrizione dei crediti al passivo fallimentare di tali imprese, ma anche della vendita dei loro attivi alle condizioni di mercato. Ai fini dell'accoglimento della domanda della Commissione, avente ad oggetto il pagamento delle penalità dovute in esecuzione della presente sentenza, non si deve tenere conto delle somme non ancora recuperate presso le imprese fallite, **per il cui recupero detto Stato membro ha però impiegato tutta la diligenza necessaria**. In caso contrario, detta penalità perderebbe **la sua adeguatezza e proporzionalità rispetto all'inadempimento accertato, facendo gravare sulla Repubblica italiana un onere pecuniario derivante dalla natura stessa della procedura fallimentare nonché dalla durata incompressibile della stessa e su cui tale Stato membro non può intervenire direttamente**.

Per quanto riguarda le ipotesi in cui gli aiuti illegali in questione devono essere recuperati presso imprese contro le quali sono state prese invano misure cautelari ed esecutive individuali, la Corte ha rammentato che **spetta allo Stato membro interessato adottare, e poi comunicare alla Commissione, tutte le misure che consentano di ottenere il rimborso degli aiuti illegali nonché, se necessario, quelle dirette a provocare la loro liquidazione giudiziaria, in modo che esso possa far valere i suoi crediti sugli attivi di tali imprese** (v., sentenza 6 dicembre 2007, causa C-280/05, *Commissione/Italia*, Racc., p.I-181, punto 28 e giurisprudenza ivi citata).

Per quanto attiene alle ipotesi in cui gli aiuti illegali in questione devono essere recuperati presso imprese non più esistenti, nell'opinione della Corte, **la prova della loro cancellazione dai registri è sufficiente a dimostrare la loro inesistenza e, pertanto, l'impossibilità di recuperare tali aiuti**.

Da ultimo, per quanto concerne i casi in cui gli ordini di recupero degli aiuti illegali di cui trattasi sono oggetto di contestazioni dinanzi ai giudici nazionali, spetta allo Stato membro interessato, conformemente all'obbligo del recupero effettivo degli aiuti incompatibili con il mercato comune, **impugnare qualsiasi decisione nazionale che priva di effetto la decisione della Commissione, in particolare per ragioni afferenti, come nella fattispecie, all'applicazione delle norme sulla prescrizione** (v., per analogia, sentenza 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan Deutschland*, Racc. p. I-1591, punti 34 e 38) o sulle prove. Di conseguenza, **la prova di tale diligenza è sufficiente a escludere gli aiuti in questione dal volume degli aiuti non ancora recuperati che devono essere presi in considerazione per il calcolo della penalità**.

Quanto alla necessità di infliggere una **somma forfettaria**, la Corte ha dapprima constatato che l'inadempimento addebitato alla Repubblica italiana si è protratto per un

periodo **del tutto considerevole** e, in ogni caso, **privo di un nesso** con le difficoltà attinenti al recupero degli aiuti versati in forza di un regime dichiarato illegale e incompatibile con il mercato comune. Ha poi considerato che il contesto giuridico e fattuale dell'inadempimento accertato può costituire un indice del fatto che **la prevenzione effettiva della futura reiterazione di infrazioni analoghe al diritto dell'Unione impone l'adozione di una misura dissuasiva** (v., in tal senso, sentenza 9 dicembre 2008, causa C-121/07, *Commissione/Francia*, Racc. p. I-9159, punto 69).

A questo proposito il giudice dell'Unione ha altresì constatato (*in maniera alquanto irrituale*) che la Repubblica italiana è **già stata oggetto di numerose sentenze d'inadempimento**, pronunciate sulla base dell'art. 108, n. 2, TFUE, per non avere recuperato immediatamente ed effettivamente aiuti versati in forza di regimi dichiarati illegali e incompatibili con il mercato comune. Ha quindi fatto riferimento alla sentenza 1° giugno 2006, causa C-207/05, *Commissione/Italia*, nonché alle citate sentenze 6 dicembre 2007, *Commissione/Italia*, 22 dicembre 2010, *Commissione/Italia* (*segnalata nel Bollettino di Gennaio 2011*), e 5 maggio 2011, *Commissione/Italia* (*segnalata nel Bollettino di Giugno 2011*).

In conclusione, la Corte di giustizia ha ritenuto giustificata, (*per la prima volta*), l'ingiunzione di pagamento di una somma forfettaria. Quanto all'importo, tenuto conto della durata, della gravità e anche della delicatezza del recupero di aiuti versati sulla base di una decisione di compatibilità condizionata, **ha condannato l'Italia a versare alla Commissione, sul conto «Risorse proprie dell'Unione europea», la somma forfettaria di EUR 30 milioni.**

### **Corte di giustizia (Terza sezione), 24 novembre 2011, causa C-379/10, Commissione c. Italia**

*«Inadempimento di uno Stato - Principio generale della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un loro organo giurisdizionale di ultimo grado - Esclusione di qualsiasi responsabilità dello Stato per interpretazione delle norme di diritto o per valutazione di fatti e prove da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado - Limitazione, da parte del legislatore nazionale, della responsabilità dello Stato ai casi di dolo o colpa grave dell'organo giurisdizionale medesimo».*

Nella procedura per inadempimento (art. 258 TFUE) segnalata la Corte è stata chiamata a valutare la legge sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati (L. 13 aprile 1988, n. 117) in relazione

alla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado. (*Si tratta di una procedura svoltasi in poco più di un anno che non ha previsto neppure le Conclusioni dell'Avvocato generale*).

Preliminarmente, la Corte ha posto in evidenza che la l. 117/88 (art. 2) esclude in via generale la responsabilità dello Stato nei settori dell'interpretazione del diritto e della valutazione di fatti e di prove. Sul punto, la Corte ha richiamato quanto dichiarato nella precedente sentenza del 13 giugno 2006 (causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*), resa nell'ambito di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE. Ha così ribadito che il diritto dell'Unione **osta ad una siffatta esclusione generale della responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli** a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado qualora tale violazione risulti dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e di prove operata dall'organo medesimo.

Nello specifico, la Corte ha dichiarato che **l'Italia non ha dimostrato, per il solo fatto di aver citato due sentenze della suprema Corte di Cassazione (del 18 marzo 2008 e del 5 luglio 2007), che la normativa italiana venga interpretata dai giudici nazionali nel senso di porre un semplice limite alla responsabilità dello Stato e non nel senso di escluderla**.

Quanto al secondo profilo contestato dalla Commissione, concernente la limitazione della responsabilità nei soli casi di dolo o colpa grave, la Corte ha richiamato la consolidata giurisprudenza affermatasi in materia (sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, Racc., p.I-1029, punto 51; 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, Racc, p.I-5123, punto 36; 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*, Racc., p. I-2119, punto 20) Ha così rammentato che uno Stato membro è tenuto al risarcimento dei danni arrecati ai singoli per violazione del diritto dell'Unione da parte dei propri organi in presenza di tre condizioni: la **norma giuridica violata dev'essere preordinata a conferire diritti ai singoli**, la **violazione dev'essere sufficientemente caratterizzata** e tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dal soggetto leso deve sussistere un **nesso causale diretto**.

La Corte ha poi stabilito che la responsabilità dello Stato per i danni causati dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado è disciplinata dalle stesse condizioni. In tal senso, una «violazione sufficientemente caratterizzata della norma di diritto» si realizza **quando il giudice nazionale ha violato il diritto vigente in maniera manifesta**. Il diritto nazionale può precisare la natura o il grado di una violazione che

implichi la responsabilità dello Stato ma **non può, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi.**

Secondo la Corte di giustizia la Commissione ha fornito sufficienti elementi volti a provare che la condizione della «colpa grave», prevista dalla legge italiana, **come interpretata dalla Corte di Cassazione italiana, si risolve nell'imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di «violazione manifesta del diritto vigente».** Per contro, **l'Italia non è stata in grado di provare che l'interpretazione di tale legge ad opera dei giudici italiani sia conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia** (*lasciando intendere che forse il giudizio sarebbe stato diverso se l'orientamento giurisprudenziale fosse stato difforme*).

**In conclusione, la Corte ha stabilito che la normativa italiana, laddove esclude qualsiasi responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado, qualora tale violazione derivi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e di prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e laddove limita tale responsabilità ai casi di dolo o di colpa grave, è in contrasto con il principio generale di responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto dell'Unione. Ha quindi dichiarato l'inadempimento dell'Italia ai sensi dell'art. 258 TFUE**

## **2. Politica estera e di sicurezza comune**

**Corte di giustizia (Grande sezione), 16 novembre 2011, causa C-548/09P, Bank Melli Iran c. Consiglio dell'Unione**

*«Impugnazione – Politica estera e di sicurezza comune – Misure restrittive adottate nei confronti della Repubblica islamica dell'Iran allo scopo di impedire la proliferazione nucleare – Congelamento dei capitali di una banca – Mancata notifica della decisione – Fondamento giuridico – Diritti della difesa».*

Nella procedura segnalata la Corte è stata investita, su iniziativa della Bank Melli Iran (banca iraniana detenuta dallo Stato iraniano), dell'impugnazione della sentenza del Tribunale del 14 ottobre 2009, causa T-390/08, *Bank Melli Iran/Consiglio* (Racc. p. II-3967), con cui quest'ultimo ha respinto il suo ricorso diretto all'annullamento del punto 4 della tabella B dell'allegato alla decisione del Consiglio 23 giugno 2008, 2008/475/CE, che attua l'articolo 7, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 423/2007 concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran (*GUUE* L 163, p. 29).

Preliminarmente, la Corte ha precisato che, nonostante la sua intitolazione, la

decisione controversa ha natura di regolamento; essa contiene un unico allegato, che sostituisce l'allegato V del regolamento n. 423/2007, i cui effetti tipici, ai sensi dell'art. 19, secondo comma, sono quelli propri del regolamento (art. 288 TFUE).

La Corte ha innanzitutto sottolineato che, in linea di principio, il Trattato non prescrive la notificazione di un atto del genere, **bensì la sua pubblicazione**, conformemente all'art. 254, nn. 1 e 2, CE (*ora art. 297 TFUE*). In secondo luogo, per quanto riguarda, nello specifico l'art. 15, n. 3, del regolamento n. 423/2007, ha ricordato che **il principio di tutela giurisdizionale effettiva** implica che l'autorità dell'Unione che adotta un atto che comporta misure restrittive ai danni di una persona o di un'entità comunichi i motivi alla base dell'atto, quanto più possibile, al momento in cui tale atto è stato adottato o, quantomeno, **il più rapidamente possibile** dopo tale adozione, in modo da consentire alle persone e alle entità interessate di esercitare il loro diritto di ricorso (v., in tal senso, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. I-6351, punto 336). Per rispettare tale principio l'art. 15, n. 3, del regolamento n. 423/2007 impone al Consiglio di fornire le ragioni individuali e specifiche per le decisioni adottate a norma dell'art. 7, n. 2, di detto regolamento e di renderle note alle persone, alle entità e agli organismi interessati. Se la comunicazione delle ragioni individuali e specifiche potesse ritenersi avvenuta con la pubblicazione della decisione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, non si ravviserebbe l'interesse di prevedere esplicitamente tale comunicazione, come fa l'art. 15, n. 3, del regolamento n. 423/2007, atteso che detta decisione deve essere pubblicata in ogni caso, conformemente all'art. 254, nn. 1 e 2, CE (*ora art. 297 TFUE*), tenuto conto della sua natura regolamentare. Per questa ragione, secondo la Corte, il Consiglio adempie l'obbligo che gli deriva da detta disposizione effettuando una comunicazione individuale.

Riferendosi al caso di specie, la Corte ha poi constatato che il Consiglio non ha provveduto alla comunicazione delle ragioni individuali e specifiche del congelamento dei capitali prescritta all'art. 15, n. 3, del regolamento n. 423/2007, ma informazioni sufficienti sono state trasmesse alla succursale della ricorrente dalla Commissione bancaria francese e la ricorrente è stata in condizione di proporre ricorso. In queste circostanze, secondo la Corte, il Tribunale non ha commesso errore di diritto allorché ha statuito che il fatto che il Consiglio non abbia portato i motivi della decisione controversa a conoscenza della ricorrente non ha avuto come conseguenza di privare quest'ultima della possibilità di conoscere, in tempo utile, la motivazione della decisione controversa e di valutare la fondatezza della misura di congelamento dei capitali adottata nei suoi confronti.

Infatti, anche se, una comunicazione individuale è in linea di principio necessaria, è



sufficiente constatare che nessuna forma precisa è richiesta dall'art. 15, n. 3, del regolamento n. 423/2007, il quale menziona unicamente l'obbligo di «render[e] not[o]». **L'importante è che sia stato dato effetto utile a tale disposizione, ossia che le persone e le entità interessate da misure restrittive adottate in applicazione dell'art. 7, n. 2, di detto regolamento abbiano avuto tutela giurisdizionale effettiva, il che, secondo la Corte è avvenuto nella fattispecie.**

Quanto alla base giuridica, la Corte ha ricordato che il regolamento n. 423/2007 concerne l'adozione di misure restrittive nei confronti della Repubblica islamica dell'Iran. Dal preambolo e dall'insieme delle sue disposizioni risulta che detto regolamento ha lo scopo di impedire o di contenere la politica adottata da tale Stato in materia nucleare, tenuto conto del rischio che essa presenta, mediante misure restrittive in ambito economico. Siccome lo scopo e il contenuto dell'atto in questione sono chiaramente l'adozione di misure economiche contro la Repubblica islamica dell'Iran, il ricorso all'art. 308 CE (*ora art. 352 TFUE*) non era necessario: l'art. 301 CE (*sostituito da art. 215 TFUE*) costituisce un fondamento giuridico sufficiente, in quanto consente un'azione della Comunità finalizzata ad interrompere o a ridurre, in tutto o in parte, le relazioni economiche con uno o più paesi terzi, azione che può comprendere misure di congelamento dei capitali di entità che, come la Bank Melli Iran, sono associate al regime del paese terzo di cui trattasi.

Quanto alla necessità, propugnata dalla ricorrente, di includere tra i fondamenti giuridici la posizione comune 2007/140, la Corte ha constatato che essa è contraddetta dal testo medesimo dell'art. 301 CE (*sostituito da art. 215 TFUE*), che contempla la possibilità di adottare misure comunitarie quando una posizione comune o un'azione comune adottate in virtù di disposizioni del Trattato UE, nella versione anteriore al Trattato di Lisbona, relative alla PESC prevedono un'azione della Comunità. Detto testo indica che deve esserci una posizione comune o un'azione comune perché possano essere adottate misure comunitarie, **ma non che dette misure debbono essere fondate su tale posizione comune o su tale azione comune.** La Corte ha così ricordato che una posizione comune non può costituire il fondamento giuridico di un atto comunitario. Invero, le posizioni comuni del Consiglio in materia di PESC, quali le posizioni comuni 2007/140 e 2008/479, sono adottate nel contesto del suddetto Trattato UE, conformemente all'art. 15 di quest'ultimo, mentre i regolamenti del Consiglio, come il regolamento n. 423/2007, sono adottati nel contesto del Trattato CE.

Secondo la Corte, pertanto, il Consiglio poteva adottare un atto comunitario unicamente sul fondamento delle competenze conferitegli dal Trattato, ossia, nella fattispecie, degli artt. 60 CE (*ora art. 75 TFUE*) e 301 CE (*ora art. 215 TFUE*).

Quanto alla asserita violazione dell'obbligo di motivazione dell'atto, dei diritti della

difesa e del principio di tutela del legittimo affidamento, la Corte ha condiviso la posizione del Tribunale in ordine alla motivazione della decisione che indicava il fondamento giuridico sul quale era stata adottata nonché le ragioni individuali e specifiche che avevano indotto il Consiglio a considerare che la ricorrente apportava un sostegno alla proliferazione nucleare in Iran. Ha poi ritenuto non pertinente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo invocata dalla ricorrente. Infatti, secondo la Corte, le sentenze *Saadi c. Italia e A. e a. c. Regno Unito* sono relative all'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 («CEDU»), ossia al divieto assoluto di tortura, pene e trattamenti disumani e degradanti. La Corte ha così sottolineato che il diritto di proprietà, che il congelamento dei capitali lede, **non gode, né nel contesto della CEDU né in quello del diritto dell'Unione, di una tale protezione assoluta** (sul carattere assoluto del divieto di tortura, v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, Racc. p. I-5659, punto 80), **sicché la giurisprudenza invocata non può essergli trasposta.**

La Corte ha poi sottolineato che il regolamento n. 423/2007 non prevede un procedimento amministrativo preliminare alle decisioni di congelamento di capitali, sia essa la decisione iniziale, tenuto conto dell'atteso effetto sorpresa, sia essa una decisione di riesame. Solo l'avviso nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* è relativo agli interessi delle persone, delle entità e degli organismi inclusi in un elenco autorizzando costoro a chiedere il riesame della decisione con la quale sono stati inclusi in detto elenco, allegando alla loro domanda i documenti giustificativi. Nel caso di specie, tuttavia, la ricorrente non ha dimostrato di aver richiesto l'accesso ai documenti, pertanto, la Corte ha respinto la censura.

Quanto al rapporto degli atti dell'Unione con le risoluzioni del Consiglio di sicurezza la Corte ha ricordato che **gli atti adottati nell'ambito, da un lato, delle Nazioni Unite e, dall'altro, dell'Unione promanano da organi i quali dispongono di poteri autonomi, che sono loro attribuiti dalle rispettive carte fondamentali ossia dai trattati che li hanno istituiti.** La Corte ha così ribadito che, nell'elaborazione di misure comunitarie aventi ad oggetto l'attuazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza presa in conto da una posizione comune, la Comunità deve tenere in debita considerazione i termini e gli obiettivi della risoluzione di cui trattasi (sentenza *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*).

La Corte ha inoltre ripetutamente affermato la necessità di tenere conto del testo e dell'oggetto di una risoluzione del Consiglio di sicurezza per l'interpretazione del regolamento che intende attuarla (sentenze 30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus*, Racc. p. I-3953, punto 14; 27 febbraio 1997, causa C-177/95, *Ebony Maritime e Loten*

*Navigation*, Racc. p. I-1111, punto 20; 11 ottobre 2007, causa C-117/06, *Möllendorf e Möllendorf-Niehuus*, Racc. p. I-8361, punto 54; *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, cit., punto 297; 29 aprile 2010, causa C-340/08, *M e a.*, Racc. p. I-3913, punto 45, nonché 29 giugno 2010, causa C-550/09, *E e F*, punto 72).

I giudici di Lussemburgo hanno dichiarato, senza con questo rimettere in discussione il primato di una risoluzione del Consiglio di sicurezza sul piano del diritto internazionale, che **il rispetto che si impone alle istituzioni comunitarie nei confronti delle istituzioni delle Nazioni Unite non poteva comportare l'assenza di controllo della legittimità dell'atto comunitario con riferimento ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario** (v., in tal senso, sentenza *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, cit., punti 288 e 326).

Pertanto la Corte ha condiviso il ragionamento del Tribunale, secondo cui il potere conferito al Consiglio dall'art. 7, n. 2, del regolamento n. 423/2007 è **un potere autonomo**. A tale riguardo un obbligo di «ten[ere] in debita considerazione» i termini e gli obiettivi della risoluzione di cui trattasi non è affatto in contrasto con la constatazione che il Consiglio statuisce in autonomia, nel rispetto delle regole del suo proprio ordinamento giuridico. Secondo la Corte, il Tribunale ha correttamente considerato che il contenuto e gli obiettivi della risoluzione 1803 (2008) non costituivano un criterio alla luce del quale andava valutata la compatibilità della decisione controversa con il principio di proporzionalità. Tale affermazione deve essere compresa alla luce del testo della risoluzione 1803 (2008), che non impone agli Stati misure precise, ma chiede loro di vigilare sulle attività svolte dalle istituzioni finanziarie stabilite sul loro territorio, in particolare la Bank Melli Iran, per evitare che tali attività concorrano al rischio di proliferazione nucleare. Difatti, un testo così concepito non vieta affatto agli Stati di adottare misure concrete di congelamento dei capitali nei confronti della Bank Melli Iran.

Quanto alla violazione del diritto di proprietà, **la Corte ha sottolineato che possono essere apportate restrizioni al diritto di libero esercizio di un'attività professionale, così come all'esercizio del diritto di proprietà**, a condizione che tali restrizioni siano effettivamente consone ad obiettivi di interesse generale perseguiti e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti (sentenza *Swedish Match*, cit., punto 72). Riferendosi poi al caso di specie la Corte ha posto in evidenza che l'importanza fondamentale del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali è **sufficiente per identificare l'obiettivo di interesse generale perseguito**, anche tenuto conto dei diversi atti nel cui contesto di adozione la decisione controversa s'iscrive.

In conclusione la Corte ha respinto l'impugnazione della Bank Melli Iran, confermando la sentenza del Tribunale del 14 ottobre 2009.

**Tribunale (Seconda sezione ampliata), 20 ottobre 2011, causa T-341/07, Jose Maria Sison c. Consiglio, sostenuto da Regno dei Paesi Bassi e da Regno Unito**

*«Politica estera e di sicurezza comune - Misure restrittive adottate nei confronti di talune persone ed entità nell'ambito della lotta contro il terrorismo - Posizione comune 2001/931/PESC e regolamento (CE) n. 2580/2001 - Annullamento di una misura di congelamento dei capitali ad opera di una sentenza Tribunale - Responsabilità extracontrattuale - Violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica che conferisce diritti ai singoli».*

Nella procedura segnalata il Tribunale è stato chiamato a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento danni subito dal sig. Sison in ragione di misure restrittive adottate nei suoi confronti nell'ambito della lotta contro il terrorismo. Il 30 settembre 2009 il Tribunale aveva annullato per la seconda volta taluni atti del Consiglio (in particolare, il regolamento (CE) del Consiglio 15 giugno 2009, n. 501, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001 e abroga la decisione 2009/62, *GUUE* L 151, p. 14, vigente all'epoca) che avevano disposto il congelamento dei capitali del sig. Jose Maria Sison, cittadino filippino residente nei Paesi Bassi (sentenza del 30 settembre 2009, causa T-341/07, *Sison/Consiglio «Sison II»*). Il Tribunale aveva stabilito che le decisioni nazionali sulle quali si era basato il Consiglio per congelare i capitali del sig. Sison non vertevano né sull'apertura di indagini o di azioni penali, né su una condanna per attività terroristica, contrariamente ai requisiti previsti dalla legislazione dell'Unione. Le decisioni nazionali in questione erano state assunte dai giudici olandesi nel contesto di una domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato; tale domanda era stata respinta in più occasioni dal Segretario di Stato per la Giustizia, in quanto il sig. Sison era a capo del partito comunista filippino e aveva diretto la New People's Army («NPA»), ramo militare del partito comunista filippino, implicato in un gran numero di atti terroristici nelle Filippine.

Con la sentenza del 30 settembre 2009 il Tribunale non si era pronunciato sulla domanda per risarcimento danni già proposta dal sig. Sison, questa era stata sospesa sino alla pronuncia della sentenza sulla domanda d'annullamento delle misure ed è quindi stata **definita con la procedura segnalata**.

Il Tribunale, pronunciandosi sulla questione, ha affermato che **la violazione**, benché chiaramente accertata nella sua sentenza *Sison II*, **non è sufficientemente grave da far sorgere la responsabilità della Comunità** nei confronti del sig. Sison.

A tal proposito, il Tribunale ha rammentato che il ricorso per risarcimento danni non è diretto a garantire il risarcimento di un danno causato da qualsiasi comportamento illecito. Solo una violazione sufficientemente grave di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli può far sorgere la responsabilità della Comunità. Il criterio decisivo per considerare tale condizione soddisfatta è quello della **violazione manifesta e grave**, commessa dall'istituzione in questione, **dei limiti posti al suo potere discrezionale**. Riferendosi al caso di specie, il Tribunale ha ammesso che l'interpretazione e l'applicazione del diritto comunitario presentavano difficoltà. Esso ha rilevato anzitutto che lo stesso tenore letterale delle disposizioni in questione risulta particolarmente confuso. Solamente attraverso l'esame di una decina di cause, ripartito in vari anni, il Tribunale ha progressivamente elaborato un quadro razionale e coerente di interpretazione delle disposizioni. In particolare, con la sua sentenza *Sison II* il Tribunale ha stabilito che una decisione nazionale, per poter essere validamente invocata dal Consiglio, **deve iscriversi nell'ambito di un procedimento nazionale avente ad oggetto direttamente e principalmente l'applicazione nei confronti dell'interessato di una misura di tipo preventivo o repressivo a titolo della lotta al terrorismo**.

Il Tribunale ha sottolineato peraltro che, contrariamente a quanto sostenuto dal sig. Sison, il rifiuto del Segretario di Stato olandese per la Giustizia di riconoscergli lo *status* di rifugiato, motivato essenzialmente dal fatto che egli aveva diretto la NPA, responsabile di un gran numero di atti terroristici nelle Filippine, era stato sostanzialmente approvato dai giudici olandesi. Il Consiglio non ha pertanto commesso alcun errore di valutazione riferendosi a tali circostanze fattuali e il Tribunale, nella sua sentenza *Sison II*, ha respinto gli argomenti proposti dal sig. Sison sul punto.

Di conseguenza, considerata la fondamentale importanza della lotta al terrorismo internazionale, **la violazione commessa dal Consiglio si spiega con i vincoli e le responsabilità particolari che gravavano su tale istituzione e costituisce un'irregolarità che un'amministrazione normalmente prudente e diligente avrebbe potuto commettere in una situazione analoga**.

Il Tribunale ha anche respinto l'argomento proposto dal ricorrente secondo il quale la responsabilità sarebbe sorta in ragione della presunta violazione dei diritti fondamentali. A questo proposito, il Tribunale ha sottolineato che il ricorrente non eccepisce l'illegittimità in quanto tale, con riferimento ai diritti fondamentali, del regime generale di congelamento dei

capitali attuato dal regolamento n. 2580/2001, bensì solo l'erronea applicazione di tale regolamento nelle specifiche circostanze del caso di specie, che avrebbe condotto a tale violazione. Non sarebbe pertanto l'imposizione delle misure restrittive previste dal regolamento n. 2580/2001, in quanto tale, a costituire una violazione dei diritti fondamentali del ricorrente, bensì la mera circostanza che tali misure gli sono state applicate, mediante gli atti impugnati, in condizioni non conformi a quelle previste, proprio per limitare le possibilità di ingerenza delle autorità pubbliche nell'esercizio di tali diritti, dall'art. 2, n. 3, del regolamento n. 2580/2001, letto in combinato disposto con l'art. 1, n. 4, della posizione comune 2001/931.

Il Tribunale ha ripetuto che la non conformità degli atti impugnati rispetto alle condizioni previste dall'art. 2, n. 3, del regolamento n. 2580/2001, certamente costitutiva di un illecito, **non può tuttavia essere ritenuta una violazione sufficientemente qualificata del diritto comunitario**, tale da far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità nei confronti del ricorrente.

In proposito, il Tribunale ha aggiunto che **né la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, né la CEDU, che garantiscono il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, ostano al fatto che il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità sia subordinato, in circostanze come quelle della fattispecie, al riconoscimento di una violazione sufficientemente qualificata dei diritti fondamentali invocati dal ricorrente**. Per quanto riguarda, più specificamente, i diritti garantiti dal protocollo n. 1 della CEDU, il Tribunale ha sottolineato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha tenuto conto delle «varie limitazioni derivanti dagli elementi da dimostrarsi nell'ambito dell'azione» di responsabilità extracontrattuale della Comunità, che comprendono, secondo una costante giurisprudenza, la condizione relativa all'esistenza di una violazione siffatta, per giungere alla conclusione che il diritto comunitario offre una tutela dei diritti fondamentali equivalente a quella garantita dal sistema della CEDU (v. Corte eur. D.U., sentenza *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* del 30 giugno 2005, *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-VI, §§ 88, 163 e 165).

In conclusione il Tribunale ha dichiarato che **la condizione per la sussistenza della responsabilità extracontrattuale della Comunità connessa all'illiceità del comportamento ascritto al Consiglio non è soddisfatta**, respingendo pertanto la domanda di risarcimento del danno proposta dal ricorrente.

### **3. Cittadinanza - libera circolazione delle persone**

**Corte di giustizia (Grande sezione), 15 novembre 2011, causa C-256/11, Murat Dereci e a. c. Bundesministerium für**

*«Cittadinanza dell'Unione – Diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi familiari di cittadini dell'Unione – Diniego basato sul mancato esercizio del diritto alla libera circolazione del cittadino – Eventuale disparità di trattamento rispetto ai cittadini dell'Unione che abbiano esercitato il diritto alla libera circolazione – Accordo di associazione CEE-Turchia – Art. 13 della decisione del Consiglio di Associazione n. 1/80 – Art. 41 del protocollo addizionale – Clausole di “standstill”».*

Nella vicenda segnalata la Corte è stata chiamata ad interpretare, nell'ambito di una procedura accelerata, le norme del diritto dell'Unione concernenti la cittadinanza dell'Unione, nonché la decisione del Consiglio di Associazione 19 settembre 1980, n. 1/80, relativa allo sviluppo dell'associazione istituita con l'Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, siglato il 12 settembre 1963 ad Ankara dalla Repubblica di Turchia, da un lato, nonché degli Stati membri della CEE e dalla Comunità, dall'altro, e concluso, approvato e confermato, a nome di quest'ultima, con decisione del Consiglio 23 dicembre 1963, 64/732/CEE (GUCE 1964, L 217, p. 3685), e il protocollo addizionale, siglato il 23 novembre 1970 a Bruxelles e concluso, approvato e confermato a nome della Comunità con regolamento (CEE) del Consiglio 19 dicembre 1972, n. 2760 (GUCE L 293, p.1).

La domanda è stata presentata nell'ambito di controversie tra il sig. Dereci, la sig.ra Heiml, i sigg. Kokollari e Maduiké nonché la sig.ra Stevic, da un lato, e il Bundesministerium für Inneres (Ministero degli Interni austriaco), dall'altro, in merito al diniego opposto da quest'ultimo alle domande di permesso di soggiorno inoltrate dai ricorrenti, cui si è accompagnato, nella cornice di quattro delle cause principali, un ordine di espulsione e misure di allontanamento dal territorio austriaco. Nella specie i ricorrenti sono tutti i cittadini di Stati terzi che desiderano vivere con familiari, cittadini dell'Unione, residenti in Austria (Stato di cui hanno la cittadinanza), che non hanno mai fatto uso del loro diritto alla libera circolazione e che non dipendono dai ricorrenti per la loro sussistenza.

La Corte, dopo aver affermato l'inapplicabilità delle direttive 2003/86 e 2004/38 nel caso di specie, ha esaminato se i cittadini dell'Unione interessati nel contesto di queste cause possano nondimeno fare appello alle norme del trattato riguardanti la cittadinanza dell'Unione.

In proposito ha ricordato che le norme del Trattato in materia di libera circolazione

delle persone, e gli atti adottati in esecuzione delle stesse, non possono essere applicati a situazioni che non presentino alcun fattore di collegamento con una qualsiasi delle situazioni contemplate dal diritto dell'Unione e i cui elementi rilevanti restino in complesso confinati all'interno di un unico Stato membro (v., in tal senso, sentenze 1° aprile 2008, causa C-212/06, *Governo della Comunità francese e Governo vallone*, Racc. p. I-1683, punto 33; nonché 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*, segnalata nel *Bollettino di Giugno 2011*, punto 45). Tuttavia, la posizione di un cittadino dell'Unione il quale, così come ciascuno dei cittadini familiari dei ricorrenti nelle cause principali, **non abbia fatto uso del diritto alla libera circolazione non può essere assimilata, per questa sola ragione, a una situazione puramente interna** (v. sentenze 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Schempp*, Racc. p. I-6421, punto 22, e *McCarthy*, cit., punto 46).

Sul punto, la Corte ha ribadito che lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v. sentenza *Ruiz Zambrano*, cit., punto 41 e giurisprudenza ivi citata). Per questa ragione, in qualità di cittadini di uno Stato membro, i familiari dei ricorrenti nelle cause principali godono dello *status* di cittadini dell'Unione in forza dell'art. 20, n. 1, TFUE e, pertanto, possono avvalersi, anche nei confronti dello Stato membro di cui hanno la cittadinanza, dei diritti connessi a tale *status* (v. sentenza *McCarthy*, cit., punto 48).

Su questa base, la Corte ha dichiarato che l'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo *status* suddetto (v. sentenza *Ruiz Zambrano*, cit., punto 42). La Corte ha poi ricordato che il criterio relativo alla privazione del contenuto sostanziale dei diritti attribuiti dallo *status* di cittadino dell'Unione **si riferisce a ipotesi contrassegnate dalla circostanza che il cittadino dell'Unione si trova obbligato, di fatto, ad abbandonare il territorio non solo dello Stato membro di cui è cittadino, ma anche dell'Unione considerata nel suo complesso**. Questo criterio riveste pertanto un carattere molto particolare in quanto concerne l'ipotesi in cui, malgrado la circostanza che il diritto derivato relativo al diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi non sia applicabile, **un diritto di soggiorno non può essere negato, in via eccezionale, al cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino di uno Stato membro, a pena di trascurare l'efficacia pratica della cittadinanza dell'Unione di cui gode quest'ultimo cittadino**.

Di conseguenza, la mera circostanza che possa apparire auspicabile al cittadino di uno Stato membro, per ragioni economiche o per mantenere l'unità familiare nel territorio dell'Unione, che i suoi familiari, che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro,



possano soggiornare con lui nel territorio dell'Unione, non basta di per sé a far ritenere che il cittadino dell'Unione sia costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione qualora un tale diritto non gli venga concesso. Ciò lascia indubbiamente impregiudicata la questione relativa all'esistenza di **altri fondamenti, segnatamente nell'ambito del diritto relativo alla tutela della vita familiare, che non consentano di negare un diritto di soggiorno**. Riferendosi al diritto al rispetto della vita familiare, la Corte ha preso in esame l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la «Carta»), contenente diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'art. 8, n. 1, della CEDU e che pertanto assume **lo stesso significato e la stessa portata attribuiti all'art. 8, n. 1, della CEDU, nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo** (sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB.*, punto 53, segnalata nel *Bollettino di Novembre 2010*). Quanto all'ambito di applicazione della Carta, la Corte ha ribadito che le disposizioni della Carta si applicano, ai sensi dell'art. 51, n. 1, della medesima, **agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione**. In virtù del n. 2 della medesima disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati. Pertanto, **la Corte è chiamata ad interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze riconosciute a quest'ultima** (v. sentenze *McB.*, cit., punto 51, nonché 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C 1/10, *Gueye e Salmerón Sánchez*, punto 69, segnalata nel *Bollettino di Ottobre 2011*).

Riferendosi al caso di specie, la Corte ha poi precisato che qualora il giudice del rinvio ritenga che, alla luce delle circostanze delle cause principali, le posizioni dei ricorrenti nelle cause principali siano soggette al diritto dell'Unione, **esso dovrà valutare se il diniego del diritto di soggiorno di questi ultimi nelle cause principali leda il diritto al rispetto della vita privata e familiare, previsto dall'art. 7 della Carta. Viceversa, qualora ritenga che dette posizioni non rientrino nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, esso dovrà condurre un siffatto esame alla luce dell'art. 8, n. 1, della CEDU**. A questo proposito, la Corte ha ricordato che tutti gli Stati membri hanno aderito alla CEDU, la quale consacra, nel suo art. 8, il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

In conclusione sul punto, la Corte ha dichiarato che il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni di quest'ultimo in materia di cittadinanza dell'Unione, dev'essere interpretato nel senso che esso **non osta a che uno Stato membro neghi al cittadino di uno Stato terzo il soggiorno sul proprio territorio, quando detto cittadino è intenzionato a risiedere con un suo familiare, cittadino dell'Unione e residente in tale Stato membro di**

**cui possiede la cittadinanza, il quale non ha mai fatto uso del suo diritto alla libera circolazione, purché un diniego siffatto non comporti, per il cittadino dell'Unione interessato, la privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.**

La Corte ha poi esaminato la questione concernente la nozione di “nuova restrizione” ai sensi dell’art. 41, n. 1, del protocollo addizionale all’Accordo di Associazione con la Turchia, in relazione ad una modifica in senso più rigoroso della disciplina austriaca del regime di ingresso.

Sul punto, la Corte ha preliminarmente precisato che l’art. 41, n. 1, del protocollo addizionale, dotato di effetti diretti, mira a creare condizioni favorevoli all’attuazione progressiva della libertà di stabilimento mediante il divieto assoluto, rivolto alle autorità nazionali, di introdurre qualsiasi nuovo ostacolo all’esercizio di detta libertà rendendo più severe le condizioni esistenti in un dato momento, allo scopo di non rendere più difficili le condizioni della sua realizzazione graduale tra gli Stati membri e la Repubblica di Turchia. Detta disposizione si presenta pertanto come il corollario necessario dell’art. 13 dell’Accordo di associazione, del quale costituisce la premessa indispensabile ai fini della progressiva abolizione delle restrizioni nazionali alla libertà di stabilimento (v. sentenza 20 settembre 2007, causa C-16/05, *Tum e Dari*, Racc. p. I-7415, punto 61, nonché giurisprudenza ivi citata). Di conseguenza, anche se, durante una prima fase, nella prospettiva di una progressiva realizzazione di detta libertà, le preesistenti restrizioni nazionali in materia di stabilimento possono essere mantenute, è importante **vigilare a che nessun nuovo ostacolo sia introdotto al fine di non arrecare ulteriore ostacolo alla graduale attuazione di una siffatta libertà** (v. sentenza *Tum e Dari*, cit., punto 61 nonché giurisprudenza ivi citata, con riferimento a una disposizione nazionale relativa alla concessione di un permesso di soggiorno a favore di alcuni lavoratori turchi, sentenza 9 dicembre 2010, cause riunite C-300/09 e 301/09, *Toprak e Oguz*, punto 55, segnalata nel *Bollettino di Gennaio 2011*).

In conclusione, la Corte ha dichiarato che l’art. 41, n. 1, del protocollo addizionale deve essere interpretato nel senso che **occorre considerare come «nuova restrizione», ai sensi di detta disposizione, l’adozione di una nuova disciplina più restrittiva della precedente, la quale costituiva a sua volta un mitigamento di una disciplina anteriore in materia di presupposti per l’esercizio della libertà di stabilimento dei cittadini turchi al momento dell’entrata in vigore di questo protocollo nel territorio dello Stato membro interessato.**

**Corte di giustizia (Quarta sezione), 17 novembre 2011, causa C-430/10, Hristo Gaydarov c. Direktor na Glavna direktsia «Ohranitelna politsia» pri Ministerstvo na vatreshnite raboti**

*«Libera circolazione di un cittadino dell'Unione – Direttiva 2004/38/CE – Divieto di lasciare il territorio nazionale a causa di condanna penale in un altro paese – Traffico di stupefacenti – Misura giustificabile da motivi di ordine pubblico».*

Nella procedura segnalata la Corte di giustizia è stata chiamata ad interpretare la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Le questioni sono state sollevate dall'Administrativen sad Sofia-grad (Bulgaria) nell'ambito di una controversia tra il sig. Gaydarov, cittadino bulgaro, ed il direktor na Glavna direktsia «Ohranitelna politsia» pri Ministerstvo na vatreshnite raboti (direttore della direzione generale «Polizia di sicurezza» del Ministero degli Interni bulgaro), in merito ad una misura di divieto di uscita dal territorio e di rilascio di passaporto o di altro documento analogo adottato dal direttore della polizia nei confronti del sig. Gaydarov.

Il giudice del rinvio chiedeva, sostanzialmente, se il diritto dell'Unione osti ad una decisione amministrativa con cui uno Stato membro vieti ad un proprio cittadino di lasciare il proprio territorio sulla base del rilievo che il cittadino medesimo sia stato oggetto di condanna penale disposta dal giudice di un paese terzo per il traffico di stupefacenti.

La Corte ha osservato in primo luogo, che, quale cittadino bulgaro, il sig. Gaydarov gode, per effetto dell'art. 20 TFUE, dello *status* di cittadino dell'Unione e può quindi invocare, anche nei confronti del proprio Stato membro di origine, **i diritti inerenti a tale status, in particolare il diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, quale riconosciuto dall'art. 21 TFUE** (v., in particolare, sentenze 10 luglio 2008, causa C-33/07, *Jipa*, *Racc.* p. I-5157, punto 17, e, *McCarthy*, punto 48).

In secondo luogo, il diritto alla libera circolazione comprende sia il diritto per i cittadini dell'Unione europea di entrare in uno Stato membro diverso da quello di cui sono originari, **sia il diritto di lasciare quest'ultimo**. Infatti, come la Corte ha già avuto occasione di sottolineare, **le libertà fondamentali garantite dal Trattato sarebbero vanificate se lo Stato membro di origine, senza una valida giustificazione, potesse vietare ai suoi cittadini di lasciare il suo territorio per entrare nel territorio di un altro Stato membro** (v. sentenza *Jipa*, cit., punto 18).

L'art. 4, n. 1, della direttiva 2004/38 dispone peraltro espressamente che ogni cittadino dell'Unione munito di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità ha il diritto

di lasciare il territorio di uno Stato membro per recarsi in un altro Stato membro. Ne consegue, secondo la Corte, che una fattispecie, come quella riguardante il sig. Gaydarov, ricade nella sfera del diritto di libera circolazione e di libero soggiorno dei cittadini dell'Unione negli Stati membri e, pertanto, nella sfera di applicazione della direttiva 2004/38.

In terzo luogo, ha rammentato che il diritto alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione non è incondizionato, ma può essere **subordinato alle limitazioni e alle condizioni previste dal Trattato nonché dalle relative disposizioni di attuazione** (v., segnatamente, sentenza *Jipa*, cit., punto 21 nonché la giurisprudenza ivi citata).

Secondo consolidata giurisprudenza, se è vero che gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali – che possono variare da uno Stato membro all'altro e da un'epoca all'altra – **le esigenze di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, resta il fatto che, nel contesto dell'Unione, specie laddove autorizzino una deroga al principio fondamentale della libera circolazione delle persone, tali esigenze devono essere intese in senso restrittivo, di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione** (v., segnatamente, sentenza *Jipa*, cit., punto 23).

In tal senso la Corte ha ribadito che **la nozione di ordine pubblico presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società** (v., segnatamente, sentenza *Jipa*, cit., punto 23, e la giurisprudenza ivi citata).

In tale contesto le deroghe alla libera circolazione delle persone che possono essere invocate da uno Stato membro implicano, in particolare, come emerge dall'art. 27, n. 2, della direttiva 2004/38, che i provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza devono essere fondati, per poter essere giustificati, esclusivamente sul **comportamento personale** del soggetto nei riguardi del quale vengono applicati, mentre giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non possono essere prese in considerazione (sentenza *Jipa*, cit., punto 24). Inoltre, a termini della stessa disposizione, l'esistenza di condanne penali antecedenti **non può di per sé motivare misure automatiche** che limitino l'esercizio del diritto alla libera circolazione. La Corte ha quindi precisato che **la sola precedente condanna penale dell'interessato non è sufficiente per ritenere, in modo automatico**, che questi rappresenti una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società, di per sé idonea a giustificare una restrizione ai diritti attribuitigli dal diritto dell'Unione. Tuttavia, la Corte ha conferito al **giudice del rinvio il compito di procedere ai rilievi necessari a tal riguardo**,

sulla base degli elementi di fatto e di diritto che, nella causa principale, hanno motivato la misura adottata dal direttore della polizia.

Nell'ambito di tale valutazione, secondo la Corte, il giudice *a quo* dovrà accertare se tale limitazione al diritto di uscita sia **atto** a garantire la realizzazione dell'obiettivo da essa perseguito e non vada **al di là di quanto necessario** per il suo raggiungimento. Infatti, dall'art. 27, n. 2, della direttiva 2004/38, nonché dalla costante giurisprudenza della Corte, emerge che una misura restrittiva del diritto alla libera circolazione può essere giustificata solamente qualora rispetti **il principio di proporzionalità** (v. in tal senso, segnatamente, sentenza *Jipa*, cit., punto 29, nonché la giurisprudenza ivi citata).

Infine, atteso che, secondo quanto esposto dal giudice del rinvio in ordine alla normativa nazionale all'epoca applicabile e, segnatamente, alla giurisprudenza secondo cui l'autorità amministrativa dispone di un potere discrezionale nell'adozione di tale genere di misure senza controllo giurisdizionale sulla scelta così operata, **la Corte ha precisato che la persona oggetto di tale misura deve disporre di rimedi giurisdizionali effettivi** (v., in particolare, sentenze 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, Racc. p. 1651, punti 18 e 19; 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens e a.*, Racc. p. 4097, punto 14, e 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*, Racc. p. I-6677, punto 39). Tali rimedi devono consentire la verifica in fatto e in diritto della legittimità della decisione di cui trattasi con riguardo al diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza della Corte 28 luglio 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, punto 57, segnalata nel *Bollettino di Agosto-Settembre 2011*). **L'efficacia di tali rimedi giurisdizionali presuppone che l'interessato possa conoscere la motivazione della decisione adottata nei suoi confronti**, vuoi in base alla lettura della decisione stessa vuoi a seguito di comunicazione della motivazione effettuata su sua richiesta, fermo restando il potere del giudice competente di richiedere all'amministrazione di cui trattasi la comunicazione della motivazione medesima (v. in tal senso, segnatamente, sentenze *Heylens*, cit., punto 15, e 17 marzo 2011, cause riunite C-372/09 e C-373/09, *Peñarroja Fa*, punto 63, segnalata nel *Bollettino di Aprile 2011*).

In conclusione, la Corte ha interpretato gli artt. 21 TFUE e 27 della direttiva 2004/38 nel senso che non ostano ad una normativa nazionale **che consenta restrizioni al diritto di un cittadino di uno Stato membro di spostarsi sul territorio di un altro Stato membro a causa, in particolare, di una condanna penale subita dal cittadino medesimo in un altro Stato per traffico di stupefacenti, subordinatamente alla condizione, in primo luogo, che il comportamento personale di tale cittadino costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società, in secondo luogo, che la misura restrittiva prevista sia idonea a garantire la realizzazione**

dell'obiettivo perseguito e non ecceda quanto sia necessario al suo conseguimento, e, in terzo luogo, che la misura medesima possa costituire oggetto di sindacato giurisdizionale effettivo che consenta di verificarne la legittimità, in fatto e in diritto, con riguardo alle esigenze del diritto dell'Unione.

**Corte di giustizia (Quarta sezione), 17 novembre 2011, causa C-434/10, Petar Aladzhov c. Zamestnik direktor na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti**

*«Libera circolazione di un cittadino dell'Unione – Direttiva 2004/38/CE – Divieto di lasciare il territorio nazionale a causa del mancato pagamento di un debito tributario – Provvedimento giustificabile da motivi di ordine pubblico».*

*Si tratta di un altro rinvio pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione della direttiva 2004/38 sempre proposto dall'Administrativen sad Sofia-grad (Bulgaria). Le questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra il sig. Aladzhov, cittadino bulgaro, co-amministratore della società Yu.B.N. Kargo, ed il Zamestnik direktor na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti (vice direttore dell'intendenza di Sofia presso il Ministero dell'Interno), in merito alla decisione di quest'ultimo di vietare al sig. Aladzhov di uscire dal territorio nazionale sino all'assolvimento del credito fiscale vantato dallo Stato bulgaro nei confronti di detta società ovvero sino alla costituzione di garanzia a copertura del completo assolvimento del credito medesimo.*

La Corte, nel ripetere quanto detto già nella sentenza segnalata nel punto precedente, (C-430/10), ha ribadito che la circostanza che la legge di trasposizione della direttiva 2004/38 non si applichi ai cittadini bulgari non può, in ogni caso, produrre l'effetto di impedire al giudice nazionale di garantire la piena efficacia delle norme del diritto dell'Unione applicabili nella causa principale, e, più specificamente, dell'art. 27 della direttiva 2004/38. Pertanto, secondo la Corte, **è eventualmente compito del giudice adito disapplicare una disposizione di diritto nazionale contraria al diritto dell'Unione, annullando, segnatamente, una decisione amministrativa individuale adottata sulla base di detta disposizione** (v. in tal senso, in particolare, sentenza 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, punto 31, e la giurisprudenza ivi citata, *segnalata nel Bollettino Novembre 2010*). Peraltro, le disposizioni contenute in tale articolo, incondizionate e sufficientemente precise, possono essere invocate da un singolo nei confronti dello Stato membro di cui sia cittadino (v., per analogia, sentenza 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn*, *Racc. p. 1337*, punti 9-15)

La Corte ha altresì ritenuto irrilevante la circostanza per la quale **la Costituzione bulgara non si fonderebbe, nel giustificare la restrizione alla libertà di circolazione dei cittadini bulgari, su motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di salute pubblica, accogliendo invece, segnatamente, un motivo attinente alla tutela dei diritti e libertà degli altri cittadini**, sul cui fondamento sarebbe stata adottata la legge sui documenti personali bulgari (ZBLD). Infatti, nell'opinione della Corte, occorre solamente accertare **se la restrizione alla libera circolazione di un cittadino nazionale**, imposta al fine di ottenere il recupero, come nella causa principale, di un credito tributario e giustificata, secondo il diritto nazionale, dall'esigenza di tutelare i diritti degli altri cittadini, **si fondi su un motivo che possa essere ritenuto ricompreso nella sfera dell'ordine pubblico, ai sensi del diritto dell'Unione**.

Quanto alla giustificazione, la Corte ha riconosciuto, conformemente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (v. sentenza *Riener c. Bulgaria* del 23 maggio 2006, § 114-117), che il mancato recupero di crediti tributari **può rientrare nelle esigenze di ordine pubblico**. Alla luce delle norme del diritto dell'Unione in materia di libera circolazione dei cittadini dell'Unione, ciò può tuttavia valere solamente in caso di **minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società, in considerazione, ad esempio, della rilevanza delle somme interessate ovvero della necessità di repressione dell'evasione fiscale**.

Inoltre, ha considerato che il recupero dei crediti pubblici, in particolare di quelli riguardanti le imposte, è **volto ad assicurare il finanziamento degli interventi dello Stato membro interessato in funzione delle scelte che costituiscono, segnatamente, espressione della sua politica generale in materia economica e sociale** (v., in tal senso, sentenza 6 settembre 2011, causa C-398/09, *Lady & Kid e a.*, punto 24). Pertanto, le misure adottate dalla pubblica amministrazione al fine di garantire detto recupero non possono essere considerate, in linea di principio, come adottate esclusivamente a fini economici ai sensi delle disposizioni dell'art. 27, n. 1, della direttiva 2004/38.

Tuttavia, riferendosi al caso di specie, la Corte ha riscontrato che i soli elementi che emergono dalla decisione di rinvio non consentono di verificare se le misure del genere di quelle adottate nella causa principale siano state prese sulla base di tali considerazioni e, in particolare, non consentono di concludere nel senso che siano state adottate solamente a fini economici. Ha pertanto affidato al giudice nazionale il compito di procedere alle necessarie verifiche a tal riguardo.

In conclusione sulla prima questione la Corte ha dichiarato che il diritto dell'Unione **non osta** ad una disposizione legislativa di uno Stato membro che consenta alla pubblica

amministrazione di vietare ad un cittadino dello Stato medesimo di lasciare il suo territorio a causa del mancato assolvimento di un debito tributario gravante sulla società di cui detto cittadino sia uno degli amministratori, subordinatamente, tuttavia, **alla duplice condizione che la misura di cui trattasi sia volta a rispondere, in presenza di talune circostanze eccezionali eventualmente risultanti, segnatamente, dalla natura ovvero dall'entità del debito, ad una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società e che l'obiettivo così perseguito non risponda solamente a fini economici.** Spetta al giudice nazionale verificare che tale duplice condizione sia soddisfatta.

In risposta ai quesiti concernenti le condizioni delle restrizioni, la Corte ha ricordato che una disposizione legislativa o regolamentare nazionale che attribuisca carattere automatico ad una decisione di divieto di uscita dal territorio dello Stato per il solo fatto dell'esistenza di un debito tributario, senza che venga preso in considerazione il comportamento personale del soggetto interessato, **non risponderebbe alle esigenze del diritto dell'Unione** (v., in tal senso, sentenza 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*, *Racc.* p. I-11, punti 27 e 28)

In definitiva, tenuto conto del tenore delle disposizioni interne pertinenti, la Corte ha risolto la seconda e la terza questione nel senso che, anche ammesso che il provvedimento di divieto di uscita dal territorio, come quello riguardante il sig. Aladzhov nella causa principale, sia stato adottato nel rispetto dei requisiti previsti dall'art. 27, n. 1, della direttiva 2004/38, quelli previsti al n. 2 del medesimo articolo ostano ad una misura di tal genere,

- qualora questa **si fondi unicamente sull'esistenza del debito tributario della società di cui detto ricorrente è uno dei co-amministratori e in considerazione di tale solo status**, ad esclusione di qualsiasi specifica valutazione del comportamento personale dell'interessato e senza alcun riferimento ad una qualsivoglia minaccia che questi costituirebbe per l'ordine pubblico, e
- qualora il divieto di uscita dal territorio **non risulti idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e vada al di là di quanto necessario ai fini del suo raggiungimento.**

La Corte ha quindi affidato al giudice del rinvio il compito di verificare se ciò sia avvenuto nella causa dinanzi ad esso pendente.



#### 4. Tutela dei lavoratori (diritto alle ferie)

**Corte di giustizia (Grande sezione), 22 novembre 2011, causa C-214/10, KHS AG c. Winfried Schulte**

*«Organizzazione dell'orario di lavoro – Direttiva 2003/88/CE – Diritto alle ferie annuali retribuite – Estinzione del diritto alle ferie annuali retribuite non godute per causa di malattia allo scadere di un termine previsto dalla normativa nazionale».*

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata ad interpretare l'art. 7 della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 novembre 2003, 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (*GUUE* L 299, p. 9). La questione è stata sollevata dal Landesarbeitsgericht Hamm (Tribunale regionale del lavoro di Hamm, Germania) nell'ambito di una controversia instaurata dal sig. Schulte, dipendente dell'impresa tedesca KHS AG dal 1964, al fine di richiedere il beneficio dell'indennità finanziaria sostitutiva delle ferie annuali non godute per gli anni 2006-2008 a causa delle conseguenze di un infarto. Nella specie, nel 2002, il sig. Schulte veniva colpito da un infarto, in seguito al quale è rimasto gravemente disabile ed è stato dichiarato inabile al lavoro. Ha iniziato a percepire una pensione in conseguenza della sua invalidità totale sino al 31 agosto 2008, data della cessazione del rapporto di lavoro con l'impresa KHS.

In base al contratto collettivo vigente l'indennità sostitutiva delle ferie annuali retribuite non godute è consentita solo in caso di cessazione del rapporto di lavoro e prevede l'estinzione del diritto alle ferie annuali retribuite non godute a causa di malattia alla scadenza di un periodo di riporto di quindici mesi dopo il periodo di riferimento (anno civile). Essendo stato in congedo per malattia negli anni 200-2008, egli è stato privato della possibilità di esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite.

Il giudice del rinvio, investito della controversia in appello, si è quindi interrogato circa la compatibilità con la direttiva sull'organizzazione dell'orario di lavoro di norme o prassi nazionali che prevedono che, in caso di inabilità al lavoro, il riporto dei diritti alle ferie annuali retribuite è limitato nel tempo.

Nella sentenza segnalata, la Corte ha ricordato che il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite deve essere considerato come **un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione**, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dal diritto dell'Unione (sentenza 26 giugno 2001, causa C-173/99, *BECTU*, *Racc.*, p.I-4881, punto 43). La Corte ha poi ribadito che il diritto dell'Unione non osta, tuttavia, ad una normativa nazionale che preveda la perdita del diritto alle ferie annuali allo scadere di un

periodo di riferimento o di un periodo di riporto, **a condizione che il lavoratore abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare il suo diritto alle ferie** (sentenza 20 gennaio 2009, causa C-350/06, *Schultz-Hoff*, *Racc.*, p. I-179, punto 43).

Riferendosi al caso di specie ha tuttavia constatato che un lavoratore, come il ricorrente, il quale si trovi in congedo per malattia per l'intera durata del periodo di riferimento e oltre il periodo fissato dal diritto nazionale (quindici mesi nella specie), è privato di tutto il periodo in cui fruire delle proprie ferie annuali retribuite.

A questo proposito, la Corte ha altresì ricordato che il diritto alle ferie annuali, sancito dall'art. **31 n. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** e dall'art. 7 della direttiva 2003/88, possiede una duplice finalità, vale a dire, da una parte consentire al lavoratore di riposarsi rispetto all'esecuzione dei compiti attribuitigli in forza del suo contratto di lavoro e, dall'altra, di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione (sentenza *Schultz-Hoff*, punto 25).

Pur se l'effetto positivo delle ferie annuali retribuite sulla sicurezza e sulla salute del lavoratore si esplica pienamente se le ferie vengono prese nell'anno all'uopo previsto, cioè l'anno in corso, detto periodo di riposo permane interessante anche qualora se ne fruisca in un momento successivo. Tuttavia, ove il riporto superi un certo limite temporale, le ferie annuali sono prive del loro effetto positivo per il lavoratore quanto alla loro finalità di costituire un momento di riposo, mantenendo solo la loro finalità di periodo di distensione e di ricreazione. In considerazione della finalità stessa del diritto alle ferie annuali retribuite, un lavoratore inabile al lavoro per diversi anni consecutivi non può avere il diritto di cumulare senza limiti i diritti alle ferie annuali retribuite acquisiti durante tale periodo.

In tale contesto, al fine di rispettare il diritto alle ferie annuali retribuite, il cui obiettivo consiste nella tutela del lavoratore, la Corte ha affermato che ogni periodo di riporto deve tener conto delle circostanze specifiche in cui si trova il lavoratore inabile al lavoro durante diversi periodi di riferimento consecutivi. In tal senso, detto periodo deve garantire al lavoratore, in particolare, di poter disporre, se necessario, di periodi di riposo che possano essere scaglionati, pianificati e disponibili a più lungo termine. Ogni periodo di riporto, inoltre, deve superare in modo significativo la durata del periodo di riferimento per il quale è concesso. Peraltro, tale periodo **deve anche tutelare il datore di lavoro** dal rischio di un cumulo troppo rilevante di periodi di assenza del lavoratore e dalle difficoltà che dette assenze potrebbero comportare per l'organizzazione del lavoro.

In conclusione, la Corte, ritenuto **ragionevole** un periodo di riporto di quindici mesi, ha dichiarato che l'art. 7, n.1, della direttiva **2003/88 deve essere interpretato nel senso che non osta a norme o a prassi nazionali, quali i contratti collettivi, che, prevedendo un**

**periodo di riporto di quindici mesi allo scadere del quale il diritto alle ferie annuali retribuite si estingue, limitano il cumulo dei diritti a tali ferie di un lavoratore inabile durante più periodi di riferimento consecutivi.**

## **5. Cooperazione giudiziaria in materia civile**

**Corte di giustizia (Quarta sezione), 17 novembre 2011, causa C-412/10, Deo Antoine Homawoo c. GMF Assurances SA**

*«Cooperazione giudiziaria in materia civile - Legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali - Regolamento (CE) n. 864/2007 - Ambito di applicazione razione temporis».*

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata ad interpretare gli artt. 31 e 32 del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 11 luglio 2007, n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»), letti in combinato disposto con l'art. 297 TFUE.

La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia insorta tra il sig. Homawoo, domiciliato nel Regno Unito, vittima di un incidente automobilistico durante un soggiorno in Francia, e la GMF Assurances SA (la «GMF»), una compagnia di assicurazioni costituita e stabilita in Francia. Il giudice del rinvio chiedeva in sostanza alla Corte di determinare a partire da quale data i fatti generativi di un danno siano assoggettabili al regolamento 864/2007.

Per rispondere alle questioni sollevate la Corte ha dovuto preliminarmente stabilire quale sia la data di entrata in vigore del regolamento e a partire da quale data esso sia applicabile.

La Corte, dopo aver ricordato che il legislatore può legittimamente operare una distinzione tra la data di entrata in vigore e quella di applicazione dell'atto da esso emanato, posticipando la seconda rispetto alla prima, ha precisato, alla luce di un confronto **tra le diverse versioni linguistiche, che l'art. 32 del regolamento stabilisce non già la data dell'entrata in vigore di quest'ultimo, bensì quella della sua applicazione.** Pertanto, in assenza di una disposizione specifica che stabilisca una data per l'entrata in vigore del regolamento, la Corte ha precisato che tale data deve essere determinata secondo la regola generale enunciata nell'art. 297, n. 1, terzo comma, TFUE. In altre parole, essendo il regolamento stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il 31 luglio 2007, esso è entrato in vigore il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione, ossia il 20 agosto 2007.

Fatte queste premesse, la Corte ha stabilito che il regolamento si applica, a norma del suo art. 31, ai fatti generativi di un danno verificatisi a partire dalla data stabilita dall'art. 32 del medesimo regolamento, ossia l'11 gennaio 2009. Secondo la Corte, un'interpretazione siffatta è **la sola che consenta di assicurare, ai sensi dei 'considerando' sesto, tredicesimo, quattordicesimo e sedicesimo del regolamento, la piena realizzazione delle finalità di quest'ultimo, ossia garantire la prevedibilità dell'esito delle controversie giudiziarie, la certezza del diritto quanto alla legge applicabile e l'applicazione uniforme di detto regolamento in tutti gli Stati membri.** Per contro, tali obiettivi rischierebbero di essere compromessi qualora il regolamento venisse applicato a fatti verificatisi tra la data della sua entrata in vigore e quella fissata dal suo art. 32. Per di più, gli obblighi derivanti da un fatto che ha causato danni in un medesimo luogo a più persone potrebbero essere disciplinati da leggi differenti a seconda dell'esito dei diversi procedimenti giudiziari.

In conclusione, la Corte ha dichiarato che gli artt. 31 e 32 del regolamento, letti in combinato disposto con l'art. 297 TFUE, devono essere interpretati nel senso che un giudice nazionale è **tenuto ad applicare tale regolamento unicamente ai fatti generativi di un danno verificatisi a partire dall'11 gennaio 2009**, e che la data di instaurazione del procedimento di risarcimento o la data di determinazione della legge applicabile da parte del giudice adito non hanno alcuna incidenza ai fini della definizione dell'ambito di applicazione nel tempo di detto regolamento. Come risulta dall'art. 31, **il solo momento da prendere in considerazione è quello del verificarsi del fatto lesivo.**

**Corte di giustizia (Prima sezione), 17 novembre 2011, causa C-327/10, Hypoteční banka a.s. c. Udo Mike Lindner**

*«Competenza giurisdizionale ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale – Contratto di credito immobiliare concluso da un consumatore avente la cittadinanza di uno Stato membro presso una banca stabilita in un altro Stato membro – Normativa di uno Stato membro che consente, quando il domicilio esatto del consumatore non sia noto, d'intentare un'azione nei suoi confronti dinanzi ad un giudice di tale Stato»*

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata ad interpretare gli artt. 81 TFUE, 16, n.2, 17 punto 3 e 24 del Regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GUCE 2001, L 12, p. 1), nonché l'art. 6 n. 1 della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GUCE L 95, p. 29).

La questione è stata sollevata dal Tribunale distrettuale di Cheb (Repubblica ceca) nell'ambito di una controversia instaurata dalla banca ceca Hypoteční banka contro il sig. Lindner, cittadino tedesco, al fine di ottenere il pagamento di una somma di circa 4,4 milioni di corone ceche (CZK), importo che corrisponderebbe agli arretrati di un mutuo ipotecario che la stessa aveva concesso quest'ultimo.

All'epoca della conclusione di tale mutuo, il sig. Lindner era domiciliato a Mariánské Lázně e, conformemente al contratto, era tenuto ad informare la banca di ogni mutamento di domicilio. Il contratto prevedeva inoltre, per le eventuali controversie, la competenza del giudice ordinario del luogo in cui si trovava la banca, determinato in base alla sua sede.

Il giudice ceco, investito della controversia, rilevato che il sig. Lindner non era più domiciliato presso l'indirizzo indicato nel contratto, non è stato in grado di determinare il suo domicilio nella Repubblica ceca. Il giudice si è quindi rivolto alla Corte di giustizia per chiedere l'interpretazione del regolamento sulla competenza giurisdizionale.

La prima questione concerne l'applicabilità delle norme sulla competenza stabilite dal regolamento quando una delle due parti è un cittadino di uno Stato membro diverso da quello in cui si svolge il procedimento. Nel rispondere positivamente, la Corte ha stabilito che il regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che **l'applicazione delle norme sulla competenza stabilite dallo stesso presuppone che la situazione di cui trattasi nella controversia pendente dinanzi a un giudice di uno Stato membro sia atta a sollevare questioni relative alla determinazione della competenza internazionale di tale giudice. Una simile situazione si presenta in un caso come quello di cui alla causa principale, nella quale un giudice di uno Stato membro è investito di un'azione intentata contro un cittadino di un altro Stato membro il cui domicilio non è noto a tale giudice.**

In merito alla seconda questione, concernente la possibilità, prevista dal diritto ceco, di svolgere un procedimento nei confronti di persone di cui non sia noto il domicilio, la Corte ha sottolineato che il regolamento **non definisce** espressamente la competenza giurisdizionale quando il domicilio del convenuto non è noto. Essa ha poi rammentato che, secondo il regolamento, l'azione dell'altra parte del contratto contro il consumatore può essere proposta **solo davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore.** Se, tuttavia, il giudice nazionale non perviene ad identificare il domicilio del consumatore nel territorio nazionale, esso deve verificare se quest'ultimo sia domiciliato in un altro Stato membro dell'Unione europea. Nel caso in cui il giudice nazionale, da un lato, non sia in grado di individuare il domicilio del consumatore nel territorio dell'Unione e, dall'altro, non disponga di indizi probatori che gli consentano di ritenere che questi sia effettivamente domiciliato al di fuori dell'Unione, **la regola secondo cui, in caso di controversia, il giudice**

**competente è quello dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore deve essere intesa nel senso che essa riguarda non solo il domicilio attuale del consumatore, ma anche il suo ultimo domicilio conosciuto.**

Infatti, una simile interpretazione del regolamento consente all'attore di individuare agevolmente il giudice al quale può rivolgersi e, al contempo, al convenuto di prevedere ragionevolmente quello dinanzi al quale può essere citato. Allo stesso modo, **essa permette di evitare che l'impossibilità di localizzare il domicilio attuale del convenuto impedisca l'individuazione del giudice competente e privi così l'attore del proprio diritto ad esercitare un'azione giurisdizionale.** Inoltre, tale soluzione assicura un giusto equilibrio tra i diritti dell'attore e quelli del convenuto, quando quest'ultimo **aveva l'obbligo di informare il primo di qualunque mutamento di indirizzo** intervenuto successivamente alla sottoscrizione del contratto di credito immobiliare di lunga durata.

Ha quindi concluso sul punto dichiarando che in una situazione come quella di cui trattasi, in cui un consumatore parte in un contratto di credito immobiliare di lunga durata, che includa l'obbligo di informare la controparte di ogni mutamento di indirizzo, rinuncia al proprio domicilio prima della proposizione di un'azione nei suoi confronti per violazione dei suoi obblighi contrattuali, i giudici dello Stato membro nel cui territorio si trova l'ultimo domicilio noto del consumatore **sono competenti, a norma dell'art. 16, n. 2, di detto regolamento, a conoscere di tale azione quando essi non siano in grado di determinare, in base allo stesso regolamento, il domicilio attuale del convenuto e non dispongano neppure di indizi probatori tali da consentir loro di concludere che quest'ultimo sia effettivamente domiciliato al di fuori del territorio dell'Unione.**

Per quanto riguarda le condizioni che devono essere rispettate nell'ambito del procedimento che ne segue, la Corte ha precisato che i procedimenti che portano all'adozione di decisioni giurisdizionali **devono svolgersi nel rispetto dei diritti della difesa.** Tuttavia, tale condizione, **sancita anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere attuata in concomitanza con il rispetto del diritto dell'attore di adire un giudice affinché statuisca sulla fondatezza delle sue pretese.**

A questo proposito la Corte ha ribadito che i diritti fondamentali, **quali il rispetto dei diritti della difesa, non costituiscono prerogative assolute,** ma possono soggiacere a restrizioni (sentenza 2 aprile 2009, causa C-394/07, *Gambazzi, Racc.*, p. I-2563, punto 29). Tuttavia, **queste ultime devono rispondere effettivamente ad obiettivi d'interesse generale** perseguiti dal provvedimento di cui trattasi e non costituire, rispetto allo scopo perseguito, **una violazione smisurata di detti diritti.**

Affermata la rilevanza di tale ultima condizione ai fini dell'interpretazione dell'art. 26, n. 2, del regolamento n. 44/2001, la Corte ha dichiarato che tale disposizione deve essere intesa nel senso che, **nel caso in cui non sia dimostrato che al convenuto è stata data la possibilità di ricevere la domanda giudiziale, il giudice competente in base a detto regolamento può legittimamente far proseguire il procedimento solo qualora sia stato fatto tutto il possibile per consentire al convenuto di presentare le proprie difese. A tal fine il giudice adito deve assicurarsi che siano state condotte tutte le indagini richieste dai principi di diligenza e di buona fede per rintracciare il convenuto.**

Quanto alla possibilità di proseguire il procedimento all'insaputa del convenuto mediante la notifica della domanda giudiziale ad un tutore designato dal giudice adito, la Corte ha dichiarato che **la limitazione dei diritti di difesa del convenuto è giustificata alla luce del diritto dell'attore ad una tutela effettiva** dal momento che, in mancanza di un simile procedimento, tale diritto resterebbe lettera morta. Infatti, contrariamente alla situazione del convenuto che, qualora sia stato privato della facoltà di difendersi efficacemente, ha la possibilità di far rispettare i diritti della difesa opponendosi, in forza dell'art. 34, punto 2, del regolamento n. 44/2001, al riconoscimento della decisione pronunciata nei suoi confronti (v., in tal senso, sentenza 11 giugno 1985, causa 49/84, *Debaecker e Plouvier*, *Racc.* p. 1779, punto 11), **l'attore rischia di essere privato di qualunque possibilità di mezzo di ricorso.**

## **6. Diritti d'autore, diritti televisivi e trattamento dati personali**

**Corte di giustizia (Terza sezione), 24 novembre 2011, cause riunite C-468/10 e C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) (C-468/10), Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) (C-469/10) c Administración del Estado**

*«Trattamento dei dati personali – Direttiva 95/46/CE – Art. 7, lett. f) – Effetto diretto».*

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata ad interpretare l'art. 7, lett. f), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (*GUCE* L 281, p. 31). Le questioni sono state presentate dal Tribunale Supremo spagnolo nel contesto di controversie che vedono l'Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) contrapposte all'Administración del Estado.

In merito all'art. 7, lett.f, la Corte ha precisato che esso prevede due condizioni

cumulative perché il trattamento dei dati personali sia lecito, cioè, da una parte, che il trattamento dei dati personali sia necessario alla realizzazione **dell'interesse legittimo perseguito** dal responsabile del trattamento oppure dal o dai terzi ai quali tali dati vengono comunicati e, dall'altra, che **non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata**.

Ne consegue, secondo la Corte, che, per quanto riguarda il trattamento di dati personali, l'art. 7, lett. f), della direttiva 95/46 osta a qualsiasi normativa nazionale che, in assenza del consenso da parte della persona interessata, **prescriva oltre alle due condizioni cumulative** menzionate al punto precedente, **requisiti supplementari**.

La Corte ha, tuttavia, tenuto conto del fatto che la seconda di tali condizioni richiede **una ponderazione dei contrapposti diritti e interessi in gioco che dipende, in linea di principio, dalle circostanze concrete del caso specifico e nell'ambito della quale la persona o l'istituzione che l'effettua deve tenere conto dell'importanza dei diritti della persona interessata derivanti dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**.

A tale riguardo ha sottolineato che il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, di cui all'art. 8, è strettamente connesso al diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 7 della medesima Carta (sentenza 9 novembre 2010, causa C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke e Eifert*, punto 47, *segnalata nel Bollettino di Dicembre 2010*).

Secondo la giurisprudenza della Corte, il rispetto del diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali, riconosciuto dagli artt. 7 e 8 della Carta, è **riferito ad ogni informazione relativa ad una persona fisica identificata o identificabile** (v. sentenza *Volker und Markus Schecke e Eifert*, cit., punto 52). Risulta, tuttavia, dagli artt. 8, n. 2, e 52, n. 1, della Carta che, al ricorrere di talune condizioni, **a tale diritto possono essere apportate alcune limitazioni**.

Inoltre, la Corte ha precisato che spetta agli Stati membri il compito di accogliere, all'atto di recepire la direttiva 95/46, **un'interpretazione di quest'ultima che consenta loro di garantire il giusto equilibrio tra i diversi diritti e le libertà fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione** (v., analogamente, sentenza 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, Racc. p. I-271, punto 68).

Per quanto riguarda la ponderazione necessaria in forza dell'art. 7, lett. f), della direttiva 95/46, è da prendere in considerazione **il fatto che la gravità della violazione dei diritti fondamentali della persona interessata da tale trattamento possa variare in funzione della circostanza se i dati di cui trattasi figurino già, o no, in fonti accessibili al**



**pubblico.** Infatti, a differenza del trattamento dei dati che figurano in fonti accessibili al pubblico, il trattamento di dati che compaiono in fonti che non sono accessibili al pubblico implica necessariamente che informazioni sulla vita privata della persona interessata saranno ormai note al responsabile del trattamento ed eventualmente al o ai terzi ai quali i dati vengono comunicati. **Tale violazione maggiore dei diritti della persona interessata, sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta, deve essere tenuta nella sua giusta considerazione all'atto di soppesarla con l'interesse legittimo perseguito dal responsabile del trattamento oppure dal o dai terzi ai quali i dati vengono comunicati.**

Al riguardo, la Corte ha sottolineato che nulla osta a che gli Stati membri, avvalendosi del loro margine discrezionale consacrato all'art. 5 della direttiva 95/46, fissino linee direttrici ai fini di tale ponderazione. Tuttavia, non può essere definita in termini di precisazione, ai sensi di detto art. 5, quella normativa nazionale **che escluda per talune categorie di dati personali la possibilità di essere trattati, stabilendo per tali categorie, in modo definitivo, il risultato della ponderazione dei diritti e degli interessi contrapposti, senza consentire un diverso risultato in ragione delle circostanze specifiche del caso concreto.**

In conclusione, la Corte ha dichiarato che l'art. 7, lett. f), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che **osta ad una normativa nazionale** che, in assenza del consenso della persona interessata e per autorizzare il trattamento dei suoi dati personali, necessario alla realizzazione dell'interesse legittimo perseguito dal responsabile di tale trattamento oppure dal o dai terzi ai quali tali dati vengono comunicati, **richiede, oltre al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali di detta persona, che i dati in parola figurino in fonti accessibili al pubblico, escludendo quindi in modo categorico e generalizzato qualsiasi trattamento di dati che non figurino in tali fonti.**

Quanto agli effetti della direttiva, la Corte ha riconosciuto che l'art. 7, lett. f), della direttiva 95/46 è una disposizione sufficientemente precisa per poter essere fatta valere da un singolo ed applicata dai giudici nazionali. Inoltre, se è vero che la direttiva 95/46 implica innegabilmente un margine discrezionale degli Stati membri più o meno rilevante per l'attuazione di talune sue disposizioni, detto art. 7, lett. f), dal canto suo, **stabilisce un obbligo incondizionato** (v., analogamente, sentenze 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e a.*, Racc. p. I-4989, punto 100). Secondo la Corte, l'uso dell'espressione «a condizione che» nel testo stesso dell'art. 7, lett. f), della direttiva 95/46 non è di per sé idoneo a mettere nuovamente in discussione il carattere incondizionato di tale disposizione ai sensi della summenzionata giurisprudenza. La Corte ha quindi concluso dichiarando **che l'art. 7 della direttiva 95/46 ha effetto diretto.**

**Corte di giustizia (Terza sezione), 24 novembre 2011, causa C-70/10, Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)**

*«Società dell'informazione – Diritto d'autore – Internet – Programmi "peer-to-peer" – Fornitori di accesso a Internet – Predisposizione di un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche al fine di impedire gli scambi dei file che ledono i diritti d'autore – Assenza di un obbligo generale di sorvegliare le informazioni trasmesse»*

Nella procedura segnalata la Corte è stata chiamata ad interpretare le seguenti direttive:

- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») (*GUCE* L 178, pag. 1);
- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (*GUCE* L 167, pag. 10);
- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (*GUCE* L 157, pag. 45; rettifiche nella *GUCE* 2004, L 195, pag. 16);
- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (*GUCE* L 281, pag. 31), e
- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 luglio 2002, 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) (*GUCE* L 201, pag. 37).

Le questioni sono state sollevate dalla Corte d'Appello Belga nell'ambito di una controversia tra la Scarlet Extended SA (la «Scarlet») e la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) (la «SABAM») vertente sul rifiuto della Scarlet di predisporre un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche realizzate tramite programmi per lo scambio di archivi (detti «peer-to-peer»), onde impedire gli scambi dei file che ledono i diritti d'autore (*nella procedura è intervenuta, tra gli altri Stati, anche l'Italia*).

La Corte ha precisato che le modalità delle ingiunzioni che gli Stati membri prevedono ai sensi delle direttive, quali quelle relative alle condizioni che devono essere soddisfatte e alla procedura da seguire, devono essere stabilite dal diritto nazionale (*v., mutatis mutandis*,

sentenza 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L'Oréal e a.*, punto 135, *segnalata nel Bollettino di Agosto-Settembre 2011*). Le norme nazionali, al pari della loro applicazione da parte degli organi giurisdizionali nazionali, devono rispettare i limiti derivanti dalle direttive 2001/29 e 2004/48, nonché dalle fonti del diritto alle quali tali direttive fanno riferimento (v., in questo senso, sentenza *L'Oréal e a.*, cit., punto 138).

Tali norme devono quindi rispettare l'art. 15, n. 1, della direttiva 2000/31, che vieta alle autorità nazionali di adottare misure che impongano ad un fornitore di accesso ad internet (FAI) di procedere ad una sorveglianza generalizzata sulle informazioni che esso trasmette sulla propria rete. A questo riguardo, la Corte ha ribadito che siffatto divieto abbraccia in particolare le misure nazionali che obbligherebbero un prestatore intermedio, come un FAI, a realizzare una vigilanza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale. Peraltro, un obbligo siffatto di vigilanza generale sarebbe incompatibile con l'art. 3 della direttiva 2004/48, il quale enuncia che le misure contemplate da detta direttiva devono essere eque e proporzionate e non eccessivamente costose (v. sentenza *L'Oréal e a.*, cit., punto 139).

La Corte ha poi stabilito che l'ingiunzione rivolta al FAI di predisporre il sistema di filtraggio controverso lo obbligherebbe a procedere ad una sorveglianza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale, vietata dall'art. 15, n. 1, della direttiva 2000/31. La conformità di tale ingiunzione al diritto dell'Unione è altresì **subordinata al rispetto delle condizioni che discendono dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili**. In proposito ha ricordato che l'ingiunzione oggetto della causa principale è volta a garantire **la tutela dei diritti d'autore**, che appartengono alla sfera del diritto di proprietà intellettuale e che possono essere lesi dalla natura e dal contenuto di talune comunicazioni elettroniche realizzate per il tramite della rete del FAI in questione.

Quanto alla portata, la Corte ha precisato che, sebbene la tutela del diritto di proprietà intellettuale sia sancita dall'art. 17, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, **non può desumersi** né da tale disposizione né dalla giurisprudenza della Corte che **tale diritto sia intangibile e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto**. Ha quindi ribadito che **la tutela del diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, deve essere bilanciata con quella di altri diritti fondamentali** (sentenza 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, Racc. p. I-271, punti 62-68).

Più nello specifico, la Corte ha rammentato che è compito delle autorità e dei giudici nazionali, nel contesto delle misure adottate per proteggere i titolari di diritti d'autore,

**garantire un giusto equilibrio tra la tutela di tali diritti e quella dei diritti fondamentali delle persone su cui incidono dette misure.**

Pertanto, secondo la Corte, in circostanze come quelle della causa principale, le autorità ed i giudici nazionali devono in particolare garantire **un giusto equilibrio tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari di diritti d'autore, e quella della libertà d'impresa, appannaggio di operatori come i FAI in forza dell'art. 16 della Carta.**

Orbene, nel caso di specie, l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso implica una sorveglianza, nell'interesse di tali titolari, su tutte le comunicazioni elettroniche realizzate sulla rete del FAI coinvolto. Tale sorveglianza è inoltre illimitata nel tempo, riguarda qualsiasi futura violazione e postula che si debbano tutelare non solo opere esistenti, bensì anche opere future, che non sono state ancora create nel momento in cui viene predisposto detto sistema. Per questa ragione, **un'ingiunzione di questo genere causerebbe una grave violazione della libertà di impresa del FAI** in questione, poiché l'obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico, il che risulterebbe peraltro contrario alle condizioni stabilite dall'art. 3, n. 1, della direttiva 2004/48, il quale richiede che le misure adottate per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale non siano inutilmente complesse o costose.

Ciò premesso, la Corte ha dichiarato che l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso **non rispetta l'esigenza di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari dei diritti d'autore, e, dall'altro, quella della libertà d'impresa, appannaggio di operatori come i FAI.** Per di più, gli effetti di detta ingiunzione non si limiterebbero al FAI coinvolto, poiché il sistema di filtraggio controverso **è idoneo a ledere anche i diritti fondamentali dei clienti di tale FAI, ossia i loro diritti alla tutela dei dati personali e alla libertà di ricevere o di comunicare informazioni, diritti, questi ultimi, tutelati dagli artt. 8 e 11 della Carta.**

Da un lato, infatti, è pacifico che l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso implicherebbe un'analisi sistematica di tutti i contenuti, nonché la raccolta e l'identificazione degli indirizzi IP degli utenti all'origine dell'invio dei contenuti illeciti sulla rete, indirizzi che costituiscono dati personali protetti, in quanto consentono di identificare in modo preciso suddetti utenti. Dall'altro, detta ingiunzione **rischierebbe di ledere la libertà di informazione, poiché tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito**, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito. Infatti, è indiscusso che la questione della liceità di una trasmissione dipende anche dall'applicazione

di eccezioni di legge al diritto di autore che variano da uno Stato membro all'altro. Inoltre, in certi Stati membri talune opere possono rientrare nel pubblico dominio o possono essere state messe in linea gratuitamente da parte dei relativi autori. Pertanto, ha dichiarato che, adottando l'ingiunzione che costringe il FAI a predisporre il sistema di filtraggio controverso, **il giudice nazionale in questione non rispetterebbe l'obbligo di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto di proprietà intellettuale e, dall'altro, la libertà di impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni.**

In conclusione la Corte ha stabilito che le direttive sopra menzionate, lette in combinato disposto e tenendo presente **le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili**, devono essere interpretate nel senso che **ostano all'ingiunzione ad un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio:**

- **di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi «peer-to-peer»;**
- **che si applica indistintamente a tutta la sua clientela;**
- **a titolo preventivo;**
- **a sue spese esclusive, e**
- **senza limiti nel tempo,**

**idoneo ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d'autore.**

## **7. Aiuti di Stato**

**Tribunale (Quarta sezione), 8 novembre 2011, causa T-88/09, Idromacchine Srl e a. c. Commissione**

*«Responsabilità extracontrattuale – Aiuti di Stato – Decisione della Commissione di avviare un procedimento di indagine formale – Menzioni lesive di una società terza – Violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica che conferisce diritti ai singoli – Obbligo di rispetto del segreto professionale – Danni morali – Danni materiali – Nesso causale – Interessi moratori e compensativi»*

Nella procedura segnalata il Tribunale è stato chiamato a pronunciarsi sul ricorso per risarcimento dei danni provocati dalla pubblicazione, nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, di informazioni menzognere lesive dell'immagine e della reputazione della Idromacchine nella decisione della Commissione 30 dicembre 2004, C (2002) 5426, «Aiuti di

Stato – Italia – Aiuto di Stato N 586/2003, N 587/2003, N 589/2003 e C 48/2004 (ex N 595/2003) – Proroga del termine di tre anni stabilito per la consegna di una nave petrolchimica – Invito a presentare osservazioni a norma dell'articolo 88, paragrafo 2, [CE]».

In via preliminare, il Tribunale ha ricordato che, secondo una giurisprudenza costante, la sussistenza di una responsabilità extracontrattuale della Comunità per illecito dei suoi organi presuppone che siano soddisfatte varie condizioni, vale a dire l'illiceità del comportamento addebitato all'istituzione, l'effettività del danno e l'esistenza di un nesso di causalità fra il comportamento fatto valere e il danno lamentato (sentenze 29 settembre 1982, causa 26/81, *Oleifici Mediterranei/CEE*, *Racc.*, p.3057, punto 16 e 14 dicembre 2005, causa T-383/00, *Beamglow/Parlamento e a.*, *Racc.*, p. II-5459, punto 95). Riferendosi al caso di specie, il Tribunale ha poi ribadito che nell'ambito della procedura di controllo degli aiuti di Stato gli interessati diversi dallo Stato membro **non possono pretendere di aver essi stessi diritto a un dibattito in contraddittorio con la Commissione, quale quello previsto in favore dello Stato membro** (sentenza 24 settembre 2002, cause riunite C- 74/00P e C-75/00 P, *Falck e Acciaierie di Bolzano/Commissione*, *Racc.*, p.I-7869, punto 81, giurisprudenza *ivi* citata). Ha quindi respinto gli argomenti sollevati dai ricorrenti concernenti la violazione dei principi di buona amministrazione, di diligenza e di rispetto dei diritti della difesa da parte della Commissione.

Il Tribunale ha invece ammesso che la Commissione avesse violato l'obbligo di segreto professionale previsto dall'art. 287 CE (*ora art. 339 TFUE*), per aver divulgato nella decisione controversa fatti e valutazioni che presentavano specificamente la Idromacchine come incapace di fornire alla De Poli (Cantiere navale-beneficiario degli aiuti) prodotti conformi alle norme in vigore e di rispettare i suoi obblighi contrattuali. Il Tribunale ha poi ritenuto la violazione di detto obbligo, in quanto diretto a tutelare diritti conferiti ai soggetti dell'ordinamento e tenuto conto dei limiti di discrezionalità della Commissione, **come sufficientemente caratterizzata** ai sensi della giurisprudenza e quindi idonea, in quanto tale, a far sorgere una responsabilità extracontrattuale in capo alla Comunità, ai sensi dell'art. 288, secondo comma, CE (*ora art. 340 TFUE*).

Sotto il profilo del danno, il Tribunale ha riconosciuto che la Idromacchine avesse subito una lesione di immagine e di reputazione. Ha pertanto condannato la Commissione a versare a quest'ultima la somma di EUR 20 000 a titolo di risarcimento **del danno morale**. Ha poi stabilito che la somma da versare alla Idromacchine deve essere maggiorata di **interessi compensativi**, a partire dal 18 febbraio 2005 fino alla pronuncia della presente sentenza, al tasso fissato dalla Banca centrale europea (BCE) per le operazioni principali di rifinanziamento, maggiorato di due punti. La somma da versare alla Idromacchine dev'essere

maggiorata di **interessi moratori**, a partire dalla pronuncia della presente sentenza e fino al pagamento completo di detta somma, al tasso fissato dalla BCE per le operazioni principali di rifinanziamento, maggiorato di due punti.

**Corte di giustizia (Grande sezione), 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, Commissione e Spagna/Governo di Gibilterra e Regno Unito**

*«Impugnazione – Aiuti di Stato – Selettività materiale – Regime fiscale – Gibilterra – Società “offshore”»*

Nella procedura segnalata la Corte è stata investita dell'impugnazione proposta dalla Commissione e dal Regno di Spagna contro la sentenza del Tribunale del 18 dicembre 2008, cause riunite T-211/04 e T-215/04, *Government of Gibraltar e Regno Unito/Commissione* (Racc. p. II-3745), con cui detto giudice ha annullato la decisione della Commissione 30 marzo 2004, 2005/261/CE, sul regime di aiuti che il Regno Unito sta progettando di applicare in relazione alla riforma del sistema di tassazione delle imprese del governo di Gibilterra (GUUE 2005, L 85, p. 1).

Nella specie, nell'agosto del 2002 il Regno Unito aveva notificato alla Commissione la riforma prevista dal governo di Gibilterra riguardante l'imposta sulle società (non entrata in vigore). Tale riforma comprendeva, in particolare, l'abrogazione del precedente sistema fiscale e l'istituzione di tre imposte applicabili a tutte le imprese di Gibilterra: una tassa di registro, un'imposta sul monte salari e un'imposta sull'occupazione di beni immobili commerciali (*business property occupation tax*; la «BPOT»), laddove l'onere impositivo corrispondente a queste ultime due era limitato al 15% degli utili.

Nel 2004, con decisione 2005/261, la Commissione ha deciso che le proposte, notificate per la riforma del sistema di tassazione delle imprese a Gibilterra, costituivano un regime di aiuti di Stato incompatibile con il mercato interno e, di conseguenza, non potevano essere attuate. Secondo la Commissione, infatti, tre aspetti della riforma fiscale erano selettivi sul piano materiale: 1) la produzione di utili quale presupposto per l'assoggettamento all'imposta sul monte salari e alla BPOT, presupposto atto a favorire le imprese che non produrrebbero utili; 2) il limite del 15% degli utili applicato all'assoggettamento all'imposta sul monte salari e alla BPOT, limite che avvantaggia le imprese che, per l'esercizio fiscale in questione, avrebbero utili esigui rispetto al numero dei dipendenti e all'occupazione di immobili commerciali; 3) l'imposta sul monte salari e la BPOT, due imposte che favoriscono, per loro natura, le società «offshore» le quali non hanno un'effettiva presenza fisica a Gibilterra e, per questo, non sono debtrici dell'imposta sulle società. La Commissione ha

considerato altresì che la riforma progettata era selettiva sul piano regionale, in quanto prevedeva un sistema in base al quale l'aliquota d'imposta delle società a Gibilterra era generalmente inferiore a quella applicata alle società del Regno Unito.

A seguito dei ricorsi proposti dal governo di Gibilterra e dal Regno Unito il Tribunale di primo grado aveva annullato, il 18 dicembre 2008, la decisione della Commissione. Nella sua sentenza il Tribunale aveva dichiarato, in particolare, che la Commissione non aveva seguito un metodo di analisi corretto riguardo alla selettività materiale della proposta di riforma. A giudizio del Tribunale, infatti, per provare la selettività del regime fiscale in causa, la Commissione avrebbe dovuto dimostrare che taluni dei suoi elementi avevano carattere derogatorio rispetto al regime fiscale comune o «normale» di Gibilterra. La Commissione non poteva, quindi, come invece ha fatto nella propria decisione, qualificare come selettive misure fiscali generali sulla base dei loro effetti. Il Tribunale aveva ritenuto, inoltre, che l'ambito di riferimento per valutare la selettività regionale della riforma corrispondesse esclusivamente ai confini del territorio di Gibilterra e non a quelli del Regno Unito.

Nella sentenza segnalata, **la Corte ha dichiarato che il Tribunale ha commesso un errore di diritto considerando che la proposta di riforma tributaria non conferisse vantaggi selettivi alle società offshore.**

La Corte ha considerato, invero, che una pressione fiscale differente risultante dall'applicazione di un regime fiscale «generale» non può essere sufficiente, in sé, a dimostrare la selettività di un'imposizione. Nondimeno, a suo giudizio, **tale selettività sussiste quando, come nella fattispecie, i criteri di imposizione prescelti da un regime fiscale sono idonei a caratterizzare le imprese beneficiarie in virtù delle proprietà loro peculiari quale categoria privilegiata.**

La Corte ha constatato che il regime fiscale di Gibilterra si caratterizza, segnatamente, per la combinazione dell'imposta sul monte salari e della BPOI quali criteri di imposizione unici che portano a un'imposizione che è funzione del numero dei dipendenti e delle dimensioni degli immobili commerciali occupati. Tuttavia, **data l'assenza di altri criteri di imposizione, la combinazione di questi due criteri** (fondati su elementi, in sé, generali) **esclude a priori da qualsivoglia imposizione le società offshore, in quanto queste ultime non hanno dipendenti né occupano immobili commerciali.** Tali criteri operano, quindi, una discriminazione tra società che si trovano in una situazione analoga sotto il profilo dell'obiettivo perseguito dalla proposta di riforma tributaria, che è quello di introdurre un sistema generale di tassazione per tutte le società stabilite a Gibilterra.



Di conseguenza, la Corte ha concluso che **la circostanza che le società offshore sfuggano all'imposizione a Gibilterra non è una conseguenza casuale del regime di cui trattasi, bensì il risultato ineluttabile del fatto che le due imposte sulle società (in particolare, i loro criteri di imposizione) sono concepiti precisamente in modo che le società offshore, le quali per loro natura non hanno dipendenti né occupano immobili commerciali, sfuggano all'imposizione.** Il fatto che le società offshore non siano tassate, proprio grazie alle caratteristiche peculiari a tale categoria di società, consente, quindi, di considerare che esse beneficino di vantaggi selettivi.

Nella specie, la Corte ha ricordato che, contrariamente al ragionamento del Tribunale, **la qualificazione di un sistema fiscale come «selettivo» non dipende dal fatto che quest'ultimo sia concepito in maniera che le imprese siano assoggettate nel loro insieme agli stessi oneri fiscali, ma talune di esse godano di deroghe che concedono loro un vantaggio selettivo. Un tale modo di comprendere il criterio di selettività presupporrebbe che un regime fiscale, per poter esser qualificato come selettivo, sia concepito secondo una determinata tecnica regolamentare, con la conseguenza che talune norme tributarie nazionali sfuggirebbero immediatamente al controllo in materia di aiuti di Stato per il solo fatto di rientrare in un'altra tecnica regolamentare, benché producano i medesimi effetti.**

**Poiché la proposta di riforma tributaria è materialmente selettiva per il fatto di conferire vantaggi selettivi alle società offshore,** la Corte ha ritenuto di non esaminare se la proposta di riforma sia selettiva sul piano territoriale.

In conclusione, la Corte ha annullato la sentenza del Tribunale, confermando la decisione della Commissione a termini della quale la proposta di riforma tributaria costituisce un regime di aiuti di Stato che il Regno Unito non è autorizzato a mettere in atto.

**Corte di giustizia (Quinta sezione), 24 novembre 2011, causa C-458/09 P, Repubblica italiana, sostenuta da Repubblica di Finlandia c. Commissione**

*«Impugnazione – Aiuto concesso dalle autorità italiane alle società recentemente quotate in Borsa – Normativa che prevede agevolazioni fiscali».*

Nella procedura segnalata la Corte è stata investita dell'impugnazione da parte dell'Italia contro la sentenza del Tribunale del 4 settembre 2009, causa T-211/05, *Italia/Commissione* (Racc. p. II-2777), con cui quest'ultimo ha respinto il suo ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione 16 marzo 2005, 2006/261/CE, relativa al

regime di aiuti C 8/2004 (ex NN 164/2003) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di società recentemente quotate in Borsa (*GUUE* 2006, L 94, p. 42; *tra l'altro la Corte ha già dichiarato l'inadempimento da parte dell'Italia per la mancata esecuzione della decisione controversa con sentenza; 22 dicembre 2010, causa C-304/09, Commissione c. Italia, segnalata nel Bollettino di Gennaio 2011*).

La Corte ha respinto tutti i motivi sollevati dall'Italia. In particolare, quanto alla censura concernente la selettività, la Corte ha ricordato che il carattere selettivo di una misura statale costituisce una delle caratteristiche della nozione di «aiuto di Stato» ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE (*ora art. 107, n. 1, TFUE*). Secondo la Corte, la decisione controversa ravvisa tre diversi elementi di selettività. In primo luogo, possono beneficiare dell'aiuto in questione soltanto le società che soddisfano le condizioni di capitalizzazione, finanziarie e contabili prescritte per essere ammesse alla quotazione per la prima volta in un mercato regolamentato, con conseguente esclusione delle imprese già quotate, delle imprese che non soddisfano le predette condizioni e di quelle che decidono di non farsi quotare nel periodo preso in considerazione. In secondo luogo, l'aiuto in oggetto va a vantaggio soprattutto di imprese italiane, dato che, nel loro caso, la minore imposizione si applica agli utili realizzati su scala mondiale e non solo a quelli realizzati in Italia. In terzo luogo, il regime controverso ha una durata limitata che esclude di fatto molti potenziali beneficiari, ed in particolare le società che non soddisfano le citate condizioni per essere ammesse alla quotazione nel limitato periodo compreso tra il 2 ottobre 2003 e il 31 dicembre 2004. La Corte ha quindi sottolineato che, nell'ambito dell'esame della legittimità della decisione della Commissione in primo grado, **è sufficiente che la valutazione di uno qualunque degli elementi di selettività operata da tale istituzione sia fondata** affinché le contestazioni degli altri elementi di selettività riscontrati dalla Commissione debbano essere respinte in quanto inoperanti, essendo fondate su motivi formulati *ad abundantiam* (v., in tal senso, 15 dicembre 2005, causa C-66/02, *Italia/Commissione*, Racc. p. I-10901, punto 98).

Allo stesso modo, secondo la Corte, se, in sede di impugnazione, il riconoscimento da parte del Tribunale della fondatezza di uno degli elementi di selettività riscontrati dalla Commissione risulta esente da qualsiasi errore di diritto, i punti della motivazione della sentenza del Tribunale che riconoscono la fondatezza degli altri elementi di selettività devono essere logicamente anch'essi considerati formulati *ad abundantiam*, in quanto non incidono sul dispositivo di tale sentenza (v., in tal senso, sentenza 21 ottobre 2004, causa C-447/02 P, *KWS Saat/UAMI*, Racc. p. I-10107, punti 43-53).

Con riferimento all'elemento temporale per affermare la selettività, la Corte ha osservato che il Tribunale non è incorso in un errore di diritto ritenendo che la limitazione nel

tempo delle agevolazioni di cui è causa comportasse la loro selettività, dal momento che di fatto determinava l'esclusione di numerosi beneficiari potenziali (sentenze 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia/Commissione*, Racc. p. I-4551, punto 24, e 1° dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade*, Racc. p. I-7907, punti 40 e 41). La circostanza che una siffatta limitazione sia stata motivata dalla volontà di incoraggiare effettivamente, nel rispetto dei vincoli di bilancio, i progetti di quotazione in Borsa è irrilevante, **atteso che gli aiuti di Stato sono caratterizzati unicamente dagli effetti delle misure in parola e non dalle loro cause o dai loro obiettivi** (v. in tal senso, in particolare, citate sentenze *Francia/Commissione*, punto 20, e 12 dicembre 2002, causa C-5/01, *Belgio/Commissione*, Racc. p. I-11991, punto 45).

Per quanto riguarda la qualificazione delle misure come aiuti al funzionamento (sentenza 19 settembre 2000, sentenza 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania/Commissione*, Racc. p. I-6857, punto 30 e giurisprudenza ivi citata), la Corte ha condiviso che le agevolazioni fiscali in oggetto non sono collegate a specifici investimenti, alla creazione di posti di lavoro o a particolari progetti. Essendo dirette a favorire l'accesso a determinate fonti di capitale, **esse mirano alla mera riduzione degli oneri normalmente sostenuti dalle imprese interessate nell'ambito della loro attività economica e non possono pertanto essere considerate come aiuti all'investimento**. Il fatto che, come sostiene l'Italia, gli aiuti in questione siano diretti a promuovere la quotazione delle società in Borsa non è tale da sottrarli alla qualificazione come aiuti al funzionamento, poiché **detta quotazione, di per sé, non è un investimento specifico, in quanto non costituisce una spesa in beni di investimento materiali o immateriali, né una spesa per l'assunzione di nuovo personale collegata ad un nuovo investimento**.

La Corte ha altresì respinto la censura relativa al fatto che il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto che la riduzione dell'imposta – a differenza della deduzione dal reddito imponibile dei costi di quotazione in Borsa – non possa essere qualificata come misura diretta a promuovere detta quotazione. Pur ipotizzando che la riduzione dell'imposta debba essere ugualmente considerata idonea a promuovere la quotazione in Borsa, essa, al pari della deduzione dei costi di quotazione in Borsa dal reddito imponibile, resterebbe un aiuto al funzionamento, in quanto tale non autorizzabile.

In conclusione, la Corte ha respinto l'impugnazione, confermando la sentenza del Tribunale del 4 settembre 2009.

**Corte di giustizia (Terza sezione), 17 novembre 2011, causa C-496/09,  
Commissione c. Italia**

*«Inadempimento di uno Stato - Sentenza della Corte che accerta un inadempimento - Mancata esecuzione - Art. 228 CE - Sanzioni pecuniarie».*

*Segnalata supra punto 1 (Inadempimento dello Stato).*

## **8. Libera circolazione dei capitali**

**Corte di giustizia (Prima sezione), 10 novembre 2011, causa C-212/09,  
Commissione c. Repubblica Portoghese**

*«Inadempimento di uno Stato – Artt. 43 CE e 56 CE – Libera circolazione dei capitali – Azioni privilegiate (“golden shares”) detenute dallo Stato portoghese nella GALP Energia SGPS SA – Intervento nella gestione di una società privatizzata»*

*Si tratta di un'altra pronuncia di inadempimento resa dalla Corte nei confronti del Portogallo in relazione alla controversa questione delle c.d. “golden shares” (vedi in precedenza, sentenza 11 novembre 2010, causa C-543/08, Commissione/Portogallo, segnalata nel Bollettino di dicembre 2010).*

Nella specie, la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 56 CE (ora 63 TFUE) da parte del Portogallo, per aver mantenuto nella GALP Energia SGPS SA diritti speciali come quelli previsti dalla legge quadro relativa alle privatizzazioni (LQP- L. 11/90), dal decreto legge n. 261-A/99 e dallo statuto di detta società a favore dello Stato portoghese e di altri organismi pubblici, attribuiti in connessione con azioni privilegiate detenute da tale Stato nel capitale sociale della suddetta società.