DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: DIMENSIONE CULTURALE E ARTISTICA IN UN CONTESTO DI INTERCOSTITUZIONALITÀ

di Alessandra Silveira

1. Considerazioni iniziali: competenze e tutela giusfondamentale

Nei termini dell'art. 6 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), l'Unione dispone di competenze complementari nel campo della cultura. Ciò significa che all'Unione Europea, in tale settore, è riconosciuta la facoltà di svolgere azioni destinate a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati Membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza (art. 2, par. 5, comma 1, TFUE). In ambito culturale, dunque, l'Unione non può adottare, attraverso le direttive, atti giuridicamente vincolanti che producano un effetto di armonizzazione delle legislazioni nazionali (art. 2, par. 5, comma 2, TFUE) né, *a fortiori*, porre in essere, per mezzo di regolamenti, atti giuridicamente vincolanti per la creazione di diritto uniforme (tale idea è inoltre riaffermata dall'art. 167, par. 5, TFUE, specificamente dedicato alla cultura). Ai sensi dell'art. 167, par. 2, TFUE, l'azione dell'UE in materia culturale ha come obiettivo quello di promuovere la cooperazione tra gli Stati Membri e, nel caso in cui vi sia la necessità, appoggiarne ed integrarne l'azione per quel che riguarda rispettivamente: a) il miglioramento delle conoscenze e la divulgazione della cultura e della storia dei popoli europei, b) la conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale europeo, c) gli scambi culturali non commerciali, d) la creazione artistica e letteraria, includendo il settore audiovisivo. Per sostenere la realizzazione di tali obiettivi il Parlamento Europeo ed il Consiglio, deliberando secondo il procedimento legislativo ordinario (previsto dall'art. 289 TFUE) e previa consultazione del Comitato delle Regioni, adottano azioni di incentivazione.

Ad ogni modo, l'attuazione/influenza dell'UE nel settore della cultura e dell'arte si sviluppa attraverso le sue competenze concorrenti relative al mercato interno (art. 4, par. 2, lett. a e art. 114, par. 1, TFUE), nel quale è integrato il mercato europeo della cultura e dell'arte; il margine di manovra dell'Unione nell'ambito delle sue competenze concorrenti è, infatti, significativamente maggiore rispetto a quello che detiene nell'ambito delle sue competenze complementari. Le competenze concorrenti permettono a Unione e Stati Membri di adottare atti giuridicamente vincolanti, ma il diritto dell'UE, come sappiamo, gode del primato sul diritto interno, dunque il suo esercizio preclude/inibisce l'iniziativa regolatrice del legislatore nazionale, in quanto il recupero delle competenze da parte degli Stati Membri dipende esclusivamente della deregolamentazione da parte dell'UE della materia in causa (art. 2, par. 2, TFUE). Nel contesto delle proprie competenze sul mercato interno, l'UE ha emesso vari atti giuridici armonizzatori delle legislazioni nazionali che regolano il mercato della cultura e dell'arte, soprattutto in materia di proprietà intellettuale e nel settore audiovisivo (il diritto materiale della proprietà intellettuale è oggi in gran parte derivante dall'*acquis communautaire*).

La libertà di creazione culturale (soprattutto artistica) comprende la tutela del diritto d'autore e i diritti connessi che tutelano le creazioni letterarie e artistiche. In questo quadro di protezione, il prodotto della creazione culturale è considerato come "proprietà spirituale" dell'autore, in ragione della qua-

le, lo stesso autore, dispone dei diritti di proprietà intellettuale sull'opera, incluso il diritto di richiedere una retribuzione per la sua utilizzazione, generando così un valore economico che rientra nell'ambito di tutela della libertà di creazione culturale (Gomes Canotilho/Moreira, 2007). Come si legge nei considerando n. 10, 11 e 12 della direttiva 2004/48 del 29 aprile 2004, la protezione della proprietà intellettuale è un elemento essenziale per l'esito del mercato interno; è importante non solo per la promozione dell'innovazione e della creazione, ma anche per lo sviluppo dell'occupazione ed il rafforzamento della competitività. La protezione della proprietà intellettuale deve permettere al suo creatore di trarre un lucro legittimo dalla sua invenzione o creazione, garantendo la più ampia diffusione possibile delle opere, delle idee e delle nuove conoscenze e, allo stesso tempo, non deve creare ostacoli alla libertà di espressione, alla libera circolazione delle informazioni ed alla protezione dei dati personali, tutto ciò tenendo conto anche di internet.

È presente, tuttavia, un elemento di novità da considerare in materia culturale e artistica; si tratta della forza giuridicamente vincolante che ha acquistato la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009). Teoricamente, le disposizioni della CDFUE non estendono le competenze dell'Unione Europea definite dai Trattati, ma obbligano Unione e Stati Membri, nell'applicazione del diritto dell'UE, a rispettare i diritti fondamentali protetti dalla Carta e a promuoverne l'applicazione (art. 51, par. 1, CDFUE); costituisce pertanto un'ingenuità la pretesa che la novità introdotta non influenzi l'esercizio delle competenze dell'Unione stessa. È importante osservare, inoltre, che la «libertà delle arti» (art. 13 CDFUE) è stata resa autonoma rispetto alla «libertà di espressione» (art. 11 CDFUE), differentemente da quello che accade nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e in alcune Costituzioni degli Stati Membri, un fatto che traduce la rilevanza attribuita dall'ordinamento giuridico dell'UE al diritto soggettivo di creazione artistica. A ciò si aggiunga, come spiega Gianmario Demuro, che l'uso del plurale "*arti*" integra l'evoluzione dell'estetica moderna e l'affermazione delle varie espressioni artistiche, evidenziando la preoccupazione di proteggere qualsiasi forma di creatività, non solo le arti tradizionali, come la pittura, la scultura, l'architettura, ma anche le più recenti espressioni visive che ne hanno ampliato il concetto, al fine di evitare l'esclusione dei nuovi sviluppi (Demuro, 2001). Possiamo quindi affermare che per l'ordinamento giuridico dell'Unione non esiste un'*Arte*, ma diverse *arti*.

Le conseguenze che nascono della "giusfondamentalizzazione" dell'ordinamento giuridico dell'UE – descritta in precedenza e raggiunta attraverso l'entrata in vigore della CDFUE – sono ancora da verificare, e non soltanto per quanto riguarda l'ambito culturale e artistico, ma anche per ciò che concerne il processo di integrazione stesso; è dimostrato, infatti, che le "Carte dei Diritti" rafforzano l'integrazione sistemica, poiché tendono all'equiparazione delle posizioni giuridiche fondamentali dei cittadini in tutto

lo spazio dell'Unione. Ad ogni modo, il contenuto del diritto protetto dall'art. 13 CDFUE impone grandi sfide ai giuristi, basti pensare alla definizione del bene giuridico tutelato in quest'ambito, che non è facilitata sicuramente dall'ampia espressione del legislatore «le arti sono libere». Con l'analisi di alcune sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) sarà possibile comprendere come, riguardo alla libertà di creazione artistica, i confini tra creatività (immaginario) e opinione (realtà) dell'artista non siano propriamente nitidi quando tale libertà è intesa come una derivazione della libertà di espressione/opinione. La libertà di espressione artistica richiede una maggior protezione comparativamente alla libertà di pensiero – fondamentalmente nella difesa da impedimenti e ingerenze – perché l'arte non si adatta ai vincoli della comunicazione razionale; esprimersi liberamente *per mezzo dell'arte* è qualcosa in più del semplice esprimersi liberamente, ossia la creazione artistica riconduce ad una maggiore libertà di quella implicita nel diritto generale di espressione del pensiero (Gomes Canotilho/Moreira, 2007). Non è pertanto possibile intendere la forma con cui il diritto dell'UE regola il campo della cultura e dell'arte senza comprendere il funzionamento di un'Unione di diritto orientata alla protezione dei diritti fondamentali, tra i quali ritroviamo la libertà di creazione artistica.

Il testo che segue illustrerà il funzionamento di un'Unione di diritto orientata da un "blocco di giusfondamentalità" che si sviluppa attraverso i valori fondamentali di diversi ordinamenti giuridici – quello internazionale (attraverso la CEDU), quello dell'Unione Europea (attraverso i Trattati e, in special modo, la CDFUE) e, infine, quelli nazionali (attraverso i diritti fondamentali proclamati nelle Costituzioni degli Stati Membri) – ed il ruolo svolto dal principio del livello di protezione più elevato (art. 53 CDFUE), che funge da elemento regolatore quando diversi gradi di protezione di uno stesso diritto si sovrappongono in questo contesto di «intercostituzionalità»; si tratta di un principio fondamentale che ha necessariamente implicazioni anche nell'esercizio della libertà di creazione artistica all'interno dell'UE. Per «intercostituzionalità» nel contesto dell'Unione Europea, invece, si intende l'interazione riflessiva di norme di distinti ordinamenti giuridici che coesistono in quello stesso spazio politico, e implica l'attuazione in rete per la soluzione di problemi comuni.

Partendo da questi presupposti, analizzeremo alcune sentenze della Corte EDU e verificheremo l'ipotesi di una protezione più elevata a partire dall'ordinamento giuridico dell'UE, nel tentativo di cogliere "lo stato *delle arti*" del diritto dell'Unione in quel dominio.

2. Unione Europea come Unione di diritto

L'Unione Europea, come sappiamo, non è uno Stato (nella sua concezione moderna), ma crea diritto come se lo fosse, produce norme giuridiche vincolanti per gli Stati Membri ed i suoi cittadini; in altri termini, l'UE funziona come un insieme organizzato di norme giuridiche (è in questa prospettiva un'Unione giuridica). Su queste basi, nella sentenza *Costa/ENEL* del 1964 (sent. del 15 luglio 1964, Flaminio Costa c.

ENEL, causa C-6/64), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha ricordato che, differentemente dai vari trattati internazionali, i Trattati istitutivi dell'UE costituiscono un ordinamento giuridico autonomo che spetta ai giudici nazionali far rispettare: «istituendo una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, Stati che hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi».

Di conseguenza, nello stesso modo in cui lo Stato produce diritto e si vincola ad esso, anche l'Unione Europea produce il proprio diritto e ad esso si vincola. Come la dottrina ha esaurientemente illustrato, l'ordinamento giuridico europeo è dotato: 1) di istituzioni proprie; 2) di procedimenti tendenti ad emettere e interpretare le norme; 3) di meccanismi volti a sanzionare le eventuali violazioni; per questi motivi diciamo che l'UE funziona come "Unione di diritto" (in riferimento all'espressione Stato di diritto). Come avviene in uno Stato, l'esercizio del potere pubblico all'interno dell'UE deve essere soggetto al diritto; non potrebbe essere altrimenti, poiché l'Unione detiene poteri pubblici e nell'esercizio di questi poteri, che gli Stati Membri le hanno trasferito, essa influenza la sfera giuridica dei privati.

La base giuridica dell'Unione di diritto la ritroviamo nei Trattati istitutivi, così come i fondamenti giuridici di uno Stato di diritto sono iscritti nelle rispettive Costituzioni. Come atto normativo fondamentale, i Trattati istitutivi prevedono: 1) gli obiettivi che l'Unione intende realizzare; 2) un quadro istituzionale che obbedisce al principio del bilanciamento dei poteri; 3) un sistema di contenzioso giuridico proprio, con meccanismi giurisdizionali e corti che assicurano la tutela giudiziaria; 4) un sistema di atti giuridici/normativi con efficacia diretta sui privati (De Quadros, 2004 - Guerra Martins, 2004). Queste caratteristiche permettono di affermare che i Trattati funzionano come la Costituzione dell'Unione Europea, nel senso che legittimano un ordine giuridico fondamentale che vincola tutto il potere pubblico europeo; da ciò deriva una loro supremazia, che conferisce alla CGUE il potere di annullamento degli atti delle istituzioni europee non conformi ad essi, proprio come se si trattasse di una Costituzione.

È stata la CGUE a sviluppare, tramite la propria giurisprudenza, il principio dell'Unione di diritto, un principio che funziona come: 1) limite all'attuazione delle istituzioni europee; 2) garanzia dei diritti dei privati a cui si applicano direttamente le disposizioni. La CGUE, con la sentenza *Les Verts* del 1986 (CGUE, sent. del 23 aprile 1983, *Parti écologiste "Les Verts"* c. Parlamento Europeo, causa C-294/83), ha sancito che tutte le disposizioni poste in essere dalle istituzioni europee devono essere subordinate al diritto; dalla pronuncia della sentenza *Les Verts*, il Parlamento Europeo perde la facoltà di adottare atti non suscettibili del controllo giudiziale delle Corti Europee, in quanto, se questi atti producono effetti giuridici obbligatori nei confronti dei privati, è indispensabile il controllo delle Corti su di essi.

Queste argomentazioni ci portano ad affermare che l'Unione Europea si è evoluta e si comporta come se la sua base giuridica fosse una Costituzione e non un trattato governato dal diritto internazionale (Poiars Maduro, 2006). Tutte le dottrine ed i principi che regolano la costruzione del diritto dell'Unione derivano dal diritto costituzionale e non, appunto,

dal diritto internazionale. La CGUE ha ribadito varie volte tale idea: gli Stati Membri, attraverso i Trattati istitutivi, creano un ordinamento giuridico autonomo nei confronti del diritto internazionale e del diritto interno degli Stati Membri; si tratta di un nuovo costituzionalismo, che mira a trovare una «piattaforma di comprensione tra le varie prospettive nazionali» (Lucas Pires), e che cerca di andare oltre l'idea che il potere politico e la sua costituzione siano necessariamente vincolati ad un territorio e ad un concetto di popolo apparentemente omogeneo. Con queste motivazioni, diversi studiosi difendono l'assunto che vede la Costituzione Europea come il risultato del dialogo tra tutte le Costituzioni degli Stati Membri, dialogo alla base di un «costituzionalismo plurale», come suggerisce Poiars Maduro, il quale difende l'idea che il costituzionalismo europeo nasca da un processo discorsivo, plurale e decentralizzato, e per questa ragione molto differente dalle costituzioni nazionali, non solo per quel che riguarda il contenuto, ma soprattutto rispetto agli strumenti di legittimazione e di forza normativa.

Con le stesse motivazioni anche Gomes Canotilho difende lo studio del processo d'integrazione europea a partire da una «teoria della intercostituzionalità», che vede l'esistenza di una rete di Costituzioni nazionali convivere nello stesso spazio politico. La spiegazione di tale approccio risiede nella convinzione che l'Unione Europea ha reso arcaico lo schema concettuale dello Stato, il quale si rivela incapace di fornire risposte giuridicamente adeguate ai problemi derivanti dal «nuovo fenotipo organizzativo» incarnato dall'UE.

Deriva da quanto precede che nel diritto UE tutto funziona molto diversamente; usando una metafora, potremmo dire che è quasi come il Paese delle Meraviglie di Alice, se non fosse per due incoraggianti differenze: 1) nell'opera di Lewis Carroll, ogniquale Alice apprende una regola nelle strane situazioni in cui si trova coinvolta, le regole cambiano nuovamente. Adesso, nel diritto dell'Unione Europea, felicemente, non è così: esso è la risultante di un'evoluzione continua, alla quale hanno contribuito la giurisprudenza della CGUE e la logica del precedente vincolante, ma anche l'impegno dei giudici nazionali; 2) differentemente da Alice, chi capisce i meandri del diritto dell'UE e cattura la sua logica di funzionamento, non si preoccupa più di tornare nel proprio mondo, perché scopre una panopia di strumenti tendenti ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva.

3. Il modello di protezione dei diritti fondamentali nell'UE

La tutela dei diritti fondamentali nell'UE trova fondamento nei Trattati istitutivi, ed è esercitata dalle corti che integrano la struttura giurisdizionale europea, quindi sia dalle quelle strutturalmente europee, che formano la CGUE, sia da quelle funzionalmente europee, ossia le corti o tribunali degli Stati Membri. Si è verificato solo di recente, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che i Trattati siano stati dotati di un catalogo di diritti fondamentali, in precedenza, invece, era stata la CGUE a promuovere la loro tutela nell'ordinamento giuridico europeo (quando il potere politico ancora non trovava il coraggio di impegnarsi risolutivamente in questa direzione), e lo faceva tramite il loro riconoscimento quali «principi generali del diritto», il cui rispetto le competeva assicurare. La sentenza *Stauder* del 1969 (CGUE, sent. del 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. città di ULM - Sozialamt*, causa C-29/69) ha inaugurato il metodo di tutela dei diritti fondamentali dell'UE, da allora in avanti basato sul ricorso ai principi generali del diritto, intesi come parametro di giudizio

della validità degli atti europei e richiamati con l'obiettivo di subordinare le decisioni ad un regime sostanziale e processuale di un'autentica Unione di diritto (Duarte, 2006).

La concreta applicazione delle norme a tutela dei diritti fondamentali derivanti da distinte fonti (internazionali, UE e nazionali) non sempre risulta semplice e inequivoca, poiché, come illustra chiaramente la più accreditata dottrina portoghese, la diversità delle fonti genera una pluralità di diritti fondamentali con ambiti di applicazione sovrapposti. Per dare una dimensione della complessità dell'edificio giuridico europeo sul tema è sufficiente pensare che la CGUE applica i diritti fondamentali di fonte nazionale o di fonte pattizia secondo i criteri propri del diritto dell'Unione; ciò significa che il dispositivo normativo è filtrato attraverso il modello giuridico europeo o, comunque, reso compatibile con la struttura e gli obiettivi dello stesso. Anche nel caso in cui il nucleo essenziale della norma sia apparentemente il medesimo nei distinti ordinamenti, l'attento filtraggio esercitato dalla CGUE può provocare risultati diversi e produrre distinti standard, dovuti, appunto, alle differenze tra i sistemi.

Le particolarità del modello di protezione dei diritti fondamentali dell'UE conducono al pieno riconoscimento del principio del livello di tutela più elevato (art. 53 CDFUE), il quale deve essere inteso come un principio di preferenza nei confronti della norma più favorevole, ovverosia, se per la soluzione di una situazione concreta fosse possibile fare appello a vari regimi giuridici che tutelano lo stesso diritto fondamentale (CDFUE, CEDU e Costituzione dello Stato Membro), verrà applicato quello che offre una tutela maggiore al titolare del diritto in causa. Non vi è dubbio che l'attuazione di questa clausola crei alcuni problemi, per esempio c'è chi afferma l'impossibilità di comparare i livelli di tutela: le differenze tra le diverse società rifletterebbero, infatti, la cultura politica e l'identità delle stesse, e per questo non sarebbe possibile affermare che un ordinamento giuridico protegga più di un altro. Siamo convinti, tuttavia, che l'interazione normativa sia un valore aggiunto alla propria identità costituzionale, perché, partendo dall'osservazione riflessiva dei limiti e delle possibilità del sistema costituzionale, è possibile lo sviluppo di una «razionalità trasversale tra ordini giuridici» (Neves, 2009), capace di svelare le soluzioni adatte a tutti gli ordinamenti coinvolti. È un fatto che la CGUE abbia sviluppato una «giurisprudenza discorsiva» (Sarmiento, 2004) - o un dialogo tra giurisdizioni - nella sua interazione continua con distinti livelli di tutela, derivanti sia dagli ordinamenti nazionali, sia dalla giurisprudenza della Corte EDU, potendo così garantire l'applicazione di quello più elevato nella protezione dei diritti fondamentali.

Il quadro appena esposto risulta evidente nella sentenza *Omega* del 2004 (CGUE, sent. del 14 ottobre 2004, *Omega*, causa C-36/02). Oggetto del processo era la vendita in Germania di giochi di simulazione di atti omicidi; i giochi erano di provenienza inglese e furono vietati dalle autorità tedesche per presunta violazione della dignità umana, deducibile dalla rappresentazione di atti fittizi di violenza con carattere ludico. In virtù della libera circolazione delle merci e della libertà di prestazione di servizi tutelate dall'ordinamento giuridico europeo, la CGUE fu chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale e decise che le esigenze di tutela della dignità umana richiamate dalle autorità tedesche giustificavano la deroga ad una libertà economica; era indispensabile, chiaramente, l'uso proporzionale e necessario della deroga, ma non fu altrettanto indispensabile che tale concezione fosse ampiamente condivisa da tutti gli Stati Membri, bastò infatti

che quello fosse il livello di tutela che l'ordinamento giuridico tedesco aveva deciso di attribuire alla dignità umana. Le conclusioni della CGUE nella sentenza *Omega* furono le seguenti: nel proibire i giochi descritti, l'ordinanza impugnata non era andata oltre il necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dalle autorità nazionali competenti. Da qui si deduce che la CGUE è capace di riconoscere che la scala di valori di uno Stato Membro nella protezione di diritti o interessi è quella che si deve imporre in una situazione concreta.

A questo punto, dalla giurisprudenza della CGUE risulta che i diritti fondamentali tutelati dall'UE possano essere invocati quando la misura impugnata rientri nell'ambito di applicazione del suo diritto. Da qui deriva che la protezione giusfondamentale dell'UE è spinta dalla sfera di attuazione degli Stati Membri quando applicano il diritto dell'Unione, e che tale livello di protezione va a coesistere con gli standard di tutela provenienti dalle Costituzioni nazionali e dalla CEDU, dando origine al fenomeno della «intergiusfondamentalità», come insegna Gomes Canotilho. Tale fenomeno mostra la sovrapposizione dei vari livelli di tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'UE, che porta ad una *multilevel protection of fundamental rights* (come suggerisce Marta Cartabia parafrasando Ingolf Pernice ed il suo «*multilevel constitutionalism*»).

È importante a questo punto identificare l'estensione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che deriva dalle sue competenze. Secondo il *diktat* dell'art. 51 CDFUE, la Carta non modifica le competenze UE e le disposizioni si applicano sia alle istituzioni ed agli organi dell'Unione che agli Stati membri, problema che non si poneva in modo tanto evidente in passato poiché i Trattati istitutivi non identificavano i criteri alla base della ripartizione delle competenze tra Stati Membri e Unione, cosa attualmente ben identificata dall'art. 5 TUE e artt. 1 - 6 del TFUE; inoltre, essendo ora la CDFUE giuridicamente vincolante, per invocare lo standard di giusfondamentalità europeo basta che la misura adottata dalle autorità europee o nazionali rientri nell'ambito di applicazione dell'Unione così come definito dalle sue competenze

4. Libertà delle arti nell'art. 13 della CDFUE

L'obiettivo di questo capitolo è cogliere il senso della «libertà delle arti» tutelata dall'ordinamento giuridico europeo nei termini dell'art. 13 della CDFUE. L'ampio significato dell'espressione, soprattutto il plurale *arti*, suggerisce che la CDFUE tutela tutte le forme di creatività o qualsiasi «rappresentazione creativa di impressioni, esperienze e fatti che portano ad una contemplazione» (Demuro, 2001), dunque sia le arti tradizionali sia le più recenti manifestazioni audiovisive collocabili nel concetto di arte. Attraverso l'espressione «libertà delle arti» l'ordinamento giuridico dell'UE adotta una definizione inclusiva, tendente a considerare i nuovi sviluppi artistici, poiché «l'intuizione, la fantasia e l'eccentricità allargano l'ambito di creazione artistica alle forme meno comuni» (Gomes Canotilho/Moreira, 2007). Come spiegano Gomes Canotilho e Moreira, l'ambito normativo della creazione culturale (soprattutto quella artistica), oltre ad essere aperto, è soggetto a profonde innovazioni e trasformazioni; la creazione culturale oggi, con l'allargamento a tecniche informatiche e digitali, rivela un intreccio di concetti ed espressioni orientati alla novità, evoluzione e mutamento.

La libertà di creazione artistica è sancita nella CDFUE sostanzialmente in termini difensivi/negativi, ciò significa che il suo esercizio deve essere libero da impedimenti, ingerenze o da qualsiasi controllo qualitativo esercitato dai pubblici poteri. La dimensione positiva del diritto alla creazione artisti-

ca (o, in senso più ampio, del diritto alla cultura e all'arte), infatti, non è espressamente prevista dalla Carta, fatto che non esenta l'Unione Europea dalle sue obbligazioni nello sviluppo delle culture degli Stati Membri e nella promozione delle arti, così come prescritto dall'art. 167 TFUE. Il concetto di creazione artistica in realtà non è stato sviluppato da alcuna disposizione della CDFUE, ma il principio del livello di tutela più elevato ci permette di dedurre che la libertà di creazione tutelata dall'ordinamento giuridico dell'Unione non può essere meno estesa di quella garantita dalle Costituzioni degli Stati Membri. In questo senso, prendendo ad esempio la libertà di creazione artistica tutelata dall'art. 42 della Costituzione Portoghese, possiamo osservare che sono tutelati i seguenti punti: a) il processo di creazione propriamente detto; b) l'opera, in quanto espressione della creazione artistica; c) la divulgazione, come comunicazione del prodotto della creazione artistica (Gomes Canotilho/Moreira, 2007); in sostanza, non è tutelata solo l'attività artistica *ex se* (invenzione e produzione), ma anche la diffusione del prodotto artistico (divulgazione).

La libertà delle arti deriva dalla libertà di pensiero, ma acquisisce alcune specificità nella CDFUE che non esistono nella CEDU. Essa è fondata sull'art. 19, par. 2, del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 16 dicembre 1966 e sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo rispetto all'art. 10 della CEDU. Entrambe le disposizioni consacrano la libertà di espressione, assume pertanto una certa rilevanza concentrarci sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in tal senso e lo faremo soprattutto per il seguente motivo: secondo le annotazioni relative alla CDFUE (che costituiscono uno strumento destinato a chiarire le disposizioni in essa contenute), la libertà delle arti è esercitata nell'osservanza dell'art. 1 della CDFUE, relativo alla dignità dell'essere umano, «potendo essere soggetta alle restrizioni autorizzate dall'art. 10 della CEDU». In altre parole, la libertà di creazione artistica può essere sottoposta alle limitazioni della libertà di pensiero previste dall'art. 10, par. 2, CEDU.

Diciamo subito che tali limitazioni causano alcuna perplessità poiché la libertà di creazione artistica, nella CDFUE, è stata resa autonoma rispetto alla libertà di espressione, essendo entrambe disciplinate in una forma distinta da quella della CEDU. È ormai pacifico, nella dottrina costituzionale degli Stati Membri dell'Unione, che la libertà di esprimersi attraverso l'arte goda di uno spazio sostanzialmente maggiore rispetto alla libertà di pensiero/opinione (Demuro, 2001 - Gomes Canotilho/Moreira, 2007); ad ogni modo, è importante comprendere quali siano le restrizioni ammesse nell'interpretazione dell'art. 10, par. 2, CEDU, e chiedersi in quale misura si applichino all'ordinamento giuridico dell'UE, tenendo sempre presenti le particolarità della tutela dei diritti fondamentali nello spazio dell'Unione e soprattutto l'adozione del principio del livello di protezione più elevato (art. 53 CDFUE).

Come vedremo nelle sentenze di seguito commentate, la Corte EDU integra, nell'ambito della libertà di espressione, la libertà di espressione artistica, considerata come uno degli aspetti della libertà di ricevere e comunicare idee. La Corte di Strasburgo afferma continuamente nelle proprie sentenze che la libertà di espressione (inclusa quella artistica) costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, oltre che una delle condizioni elementari per il suo progresso e per l'autodeterminazione individuale; la sua applicazione deve essere garantita non solo nei confronti delle informazioni e delle idee favorevolmente recepite e

considerate inoffensive/indifferenti, ma anche a quelle che offendono, turbano o infastidiscono lo Stato o segmenti della società; tutto questo corrisponde alle richieste del pluralismo, della tolleranza e dello spirito di apertura, senza le quali non ci sarebbe società democratica (Corte EDU, sent. del 7 dicembre 1976, *Handyside* c. Regno Unito, ricorso n. 5493/72, considerando n. 49). Chi crea, realizza, distribuisce o esibisce lavori artistici contribuisce allo scambio di idee ed opinioni, fattore anche questo indispensabile in una società democratica; da qui scaturisce l'obbligo dello Stato a non interferire indebitamente nell'esercizio della libertà di espressione (inclusa quella artistica, nei termini della CEDU), tuttavia gli artisti e chi promuove il loro lavoro non sono immuni, nella prospettiva della Corte EDU, alle restrizioni previste dall'art. 10, par. 2, CEDU, dovendo esercitare la propria libertà di espressione secondo «i doveri e le responsabilità» chiaramente riferiti in quel paragrafo, la cui estensione dipenderà dalla situazione concreta e dal significato che gli si attribuisce (Corte EDU, sent. del 24 maggio 1988, *Müller* e altri c. Svizzera, ricorso n. 10737/84, considerando n. 33 e 34).

Interessa, adesso, accertare se «i doveri e le responsabilità», oltre alle «formalità, condizioni, restrizioni e sanzioni», connessi, secondo la CEDU, all'esercizio della libertà di espressione, si applichino altresì all'esercizio della libertà di creazione artistica all'interno dell'ordine giuridico dell'Unione Europea. Vale la pena ricordare che tra le restrizioni ammesse dalla CEDU figurano quelle tendenti a tutelare la morale pubblica, che sono eventualmente ammissibili per quel che riguarda la libertà di pensiero, ma perdonano significato in relazione alla libertà di creazione artistica, poco sensibile alle consuetudini della morale e dei buoni costumi imposti dalla comunicazione razionale. Per spiegare i limiti ammissibili alla libertà di creazione artistica nell'ordinamento giuridico dell'UE è necessario considerare lo sforzo volto all'autonomizzazione di questa libertà rispetto alla più ampia libertà di espressione, avvenuto nel contesto della CDFUE; occorre inoltre capire in che modo è intesa l'espressione «potendo essere soggetta alle restrizioni dell'art. 10 della CEDU» utilizzata nell'annotazione relativa all'art. 13 CDFUE. Va notato, tra l'altro, che gli Stati firmatari della CEDU sono molto più numerosi degli Stati destinatari della CDFUE, è dunque più difficile, nel primo caso, raggiungere intese sul senso da attribuire alla libertà di creazione artistica, soprattutto tenendo conto delle vicissitudini e sensibilità delle differenti società coinvolte.

In virtù di quanto esposto, e come vedremo *infra*, riteniamo che le limitazioni ammesse alla libertà di creazione artistica nell'ordinamento dell'Unione siano solo i c. d. «limiti immanenti», che nascono dal contrasto con altri diritti fondamentali tutelati dalla CDFUE, in particolare con la tutela della dignità umana. I limiti ammessi si riferiscono, tuttavia, nella grande maggioranza delle situazioni concrete, allo specifico aspetto della divulgazione/diffusione dell'opera artistica, e non propriamente all'attività di creazione (Gomes Canotilho/Moreira, 2007). Nell'ipotesi di conflitto tra diritti fondamentali, si ricorre alla tecnica del bilanciamento dei beni giuridici costituzionalmente tutelati, al fine di valutare, nel caso concreto, quale dovrà prevalere; la tecnica del bilanciamento, però, non produce risultati quando diversi ordini giuridici proteggono, in distinti livelli, lo stesso diritto fondamentale, in tal caso dovrà essere chiaramente applicato l'ordinamento che prevede il livello di tutela più elevato. Seguiamo l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in materia per catturare

il problema in termini concreti.

5. La libertà di creazione artistica nell'ordinamento giuridico dell'UE (alla luce della giurisprudenza della Corte EDU)

1) Corte EDU, sentenza del 24 maggio 1988, Müller e altri c. Svizzera, Ricorso n. 10737/84

Josef Felix Müller è un pittore che espone le proprie opere d'arte e dal 1981 lo fa in gallerie private o musei della Svizzera e di altri paesi. Nello stesso anno, organizzava insieme ad altri artisti un'esposizione di arte contemporanea a Friburgo, intitolata «Fri-Art 81», mostra che integrava le celebrazioni dei 500 anni dell'adesione del Cantone di Friburgo alla Confederazione Svizzera. Gli artisti invitati potevano fare libero uso dello spazio espositivo a loro assegnato; nell'arco di tre notti Josef Felix Müller realizzava tre grandi dipinti (con le seguenti misure 3.11m x 2.24m, 2.97m x 1.98m e 3.74m x 2.20m), intitolati *Drei Nächte, drei Bilder (Three Nights, Three Pictures)*. Il 4 settembre 1981, giorno di apertura ufficiale della mostra, il ministero pubblico del Cantone di Friburgo, in seguito alle rimostranze dei visitatori della mostra, accusava i ricorrenti di aver infranto l'art. 204 del Codice Penale Svizzero, che proibisce pubblicazioni oscene e prevede l'ipotesi della loro distruzione. In seguito all'accusa, dunque, i dipinti venivano rimossi e sequestrati.

In data 24 febbraio 1982, ognuno dei ricorrenti veniva condannato al pagamento di una sanzione pecuniaria per aver pubblicato del materiale osceno. I tribunali svizzeri ordinavano il deposito a fini conservativi dei dipinti sequestrati nel museo di arte e storia del Cantone di Friburgo (senza essere esposti), invece della distruzione permessa dalla legislazione allora vigente. Ammettendo che la legge non definisce il termine «oscenità» nel dispositivo dell'art. 204 del Codice Penale e che il concetto richiede di essere chiarito/interpretato, i dipinti venivano qualificati di «indubbia ripugnanza» e «moralmente offensivi per la maggior parte della popolazione», in quanto rappresentavano «un'orgia di pratiche sessuali contro natura», tra le quali «la sodomia e zoofilia, brutalmente offensive della decenza sessuale delle persone dotate di una sensibilità normale». I tribunali svizzeri non erano stati convinti dall'argomento dei ricorrenti secondo cui i dipinti avrebbero avuto un carattere simbolico: non importava il supposto proposito dell'artista o un'astrazione distorta di immagini visibili, ma l'effetto prodotto dall'immagine nell'osservatore; non avevano guardato, inoltre, ai dipinti di Müller nella prospettiva dell'estetica, ma avevano considerato solamente il numero di figure sessuali presenti in ognuna delle tre opere, optando per la predominanza della sessualità offensiva. Alla decisione aveva concorso anche il fatto che l'accesso all'esposizione non era stato condizionato all'età dei visitatori, pertanto i dipinti erano stati esposti ad un numero indeterminato di persone, ivi compresi i minori. Nel marzo del 1988, per decisione giudiziale, Josef Felix Müller recuperava i suoi dipinti, ma con l'avvertimento che un'altra mostra dei tre quadri avrebbe portato ad una nuova azione giudiziale.

Davanti alla Corte EDU i ricorrenti argomentavano che le loro condanne – ed i sequestri dei dipinti da parte dei tribunali svizzeri – avevano costituito una violazione della libertà di espressione artistica garantita dall'art. 10 della CEDU. Alla Corte EDU competeva decidere se le ingerenze in questione godessero della copertura legale, se perseguissero un obiet-

tivo legittimo previsto dall'art. 10, par. 2, CEDU e se rispondessero ad un'imperativa necessità sociale giustificata dalla proporzionalità. Tenendo presente la condanna per oscenità pubblica da cui prendeva le mosse il caso, la Corte EDU considerava impossibile trovare una concezione della morale uniforme nei distinti ordinamenti giuridici e sociali degli Stati sottoscrittori della CEDU. Le concezioni della morale sessuale variano secondo il tempo ed il luogo, ragion per cui i giudici nazionali, in contatto diretto e continuativo con le forze vitali dei loro Paesi, si trovano, in principio, in una condizione più agevole per decidere sulla necessità delle restrizioni in causa. In questo modo, tenendo conto dell'opinione dei tre tribunali svizzeri che avevano avuto l'opportunità di intervenire nel processo, la Corte EDU riteneva che la misura contestata non violasse l'art. 10 della CEDU.

Questa sentenza fa sorgere alcuni interrogativi riguardo il nostro campo d'indagine: le limitazioni ammesse dall'art. 10, par. 2, CEDU alla libertà di espressione si applicano integralmente alla libertà di creazione artistica nell'ordinamento giuridico dell'UE? Quale ruolo svolge il principio dello standard più elevato in questo contesto? Ora, ai sensi dell'art. 5, par. 1, CDFUE, qualsiasi restrizione all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla CDFUE dovrebbe: 1) essere prevista dalla legge, 2) rispettare il contenuto essenziale di detti diritti, 3) rispettare il principio di proporzionalità, 4) essere necessaria a promuovere gli obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

L'art. 52, par. 2, 3 e 4, CDFUE cerca di abbinare i diversi regimi di restrizione dei diritti sanciti dalla CDFUE, dai trattati, dalla CEDU e dalle Costituzioni nazionali, prevedendo che il regime di limitazione derivante da ciascuno di questi sistemi non possa retrocedere, vale a dire che il livello di protezione conferito dalla CDFUE non può mai essere inferiore al livello garantito dai Trattati, dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali, essendo espressamente consentito all'Unione di garantire una protezione più ampia.

Tenendo conto del fatto che la libertà di creazione culturale, ai sensi dell'art. 42 della Costituzione della Repubblica Portoghese, non è soggetta alla riserva di legge restrittiva, riteniamo limiti ammissibili per la libertà delle arti solo quelli che, come spiegato in precedenza, nascono dalla collisione con altri diritti fondamentali protetti dalla CDFUE, in particolare con la dignità umana. Ora, se in una situazione analoga a quella della sentenza Müller la dignità umana viene violata per il fatto che l'accesso alla mostra non è condizionato all'età dei visitatori, basta che le autorità prevedano una limitazione in tal senso, tutelando di fatto la vulnerabilità dei minori, in modo da garantire il parametro della proporzionalità delle restrizioni ammissibili. Concludiamo questa analisi rilevando che, in base al principio del livello di tutela più elevato accolto dall'ordine giuridico dell'Unione, le restrizioni alla libertà di creazione artistica ammissibili nel contesto UE sarebbero meno pervasive rispetto a quelle permesse dalla CEDU relativamente all'esercizio della libertà di espressione.

2) Corte EDU, sentenza del 20 settembre 1994, Otto-Preminger-Institut c. Austria, Ricorso n. 13470/87

La ricorrente, Otto-Preminger InstitutFür audiovisuelle Mediengestaltung (OPI), è un'associazione senza fini di lucro stabilita a Innsbruck, il cui scopo principale è l'intrattenimento attraverso mezzi audiovisivi; delle attività svolte fa parte la gestione di un cinema chiamato «Cinematograph». La riferita società annunciava una serie di sei programmazioni del film

Das Liebeskonzil (Council in Heaven), di Werner Schroeter, con inizio in data 13 maggio 1985. Secondo il comunicato informativo distribuito per l'occasione, la proiezione del film era vietata ai minori di diciassette anni.

Su richiesta della diocesi cattolica di Innsbruck, il pubblico ministero, il 10 maggio 1985, avviava un procedimento penale contro il direttore della OPI, Dietmar Zingl, con l'accusa di «denigrazione di dottrine religiose», una condotta proibita dall'art. 188 del Codice Penale Austriaco; veniva richiesto, inoltre, il sequestro della pellicola con conseguente impedimento della sua proiezione. Il 10 ottobre 1986 il Tribunale Regionale di Innsbruck ordinava la confisca del film, in quanto costituiva un attacco contro il cristianesimo ed in particolare contro la religione cattolica romana. Secondo il riferito tribunale la libertà artistica non può essere illimitata, le limitazioni si incontrano, in primo luogo, negli altri diritti e libertà fondamentali garantite dalla Costituzione Austriaca (come la libertà di religione e coscienza) e, in secondo luogo, nel necessario ordine della coesistenza umana basato sulla tolleranza.

Dietmar Zingl ricorreva avverso la decisione del Tribunale Regionale. Presentava in giudizio una dichiarazione firmata da 350 persone che protestavano per essere state private della loro libertà di accesso ad una creazione artistica, argomentando che l'art. 188 del Codice Penale non era stato interpretato alla luce della libertà artistica garantita dall'ordinamento giuridico austriaco. Il Tribunale del riesame di Innsbruck decideva per l'inammissibilità del ricorso, non essendo Dietmar Zingl titolare dei diritti d'autore del film in questione. Da allora, vari spettacoli teatrali tratti dal film furono inscenati a Vienna (novembre 1991) e Innsbruck (ottobre 1992), senza incorrere in procedimenti penali.

Davanti ai giudici di Strasburgo l'associazione ricorrente argomentava che il sequestro e la confisca del film operati dai tribunali austriaci costituivano una violazione della libertà di espressione artistica garantita dall'art. 10 della CEDU. Competeva di nuovo alla Corte decidere se l'interferenza in esame godesse della copertura legale, se perseguisse un obiettivo legittimo autorizzato dall'art. 10, par. 2, CEDU e se potesse essere considerata «necessaria in una società democratica» per la realizzazione degli obiettivi perseguiti. Dando continuità alla giurisprudenza del caso Müller, la Corte EDU riteneva non fosse possibile trovare una concezione uniforme della religione tra tutte le società degli Stati firmatari della CEDU; questo significa che i giudici nazionali dispongono di un certo margine di manovra nella determinazione dell'esistenza e dell'estensione di un'ingerenza nei confronti della libertà di espressione artistica esercitata contro le convinzioni religiose altrui. Nel caso concreto, la Corte EDU non identificava violazioni dell'art. 10 della CEDU, perché la misura contestata seguiva il legittimo proposito di tutelare il diritto dei cittadini a non essere offesi nelle loro convinzioni religiose da parte di un'altra prospettiva espressa pubblicamente.

In questa sentenza le perplessità sono le seguenti: una creazione artistica sfociata dalla fantasia ed eccentricità, che non corrisponde propriamente ad una manifestazione della realtà e all'opinione del suo autore, consumata/apprezzata/visualizzata esclusivamente da chi lo desidera e che per far ciò è disposto a pagare, costituisce un insulto alle convinzioni religiose di chi non consuma/apprezza/visualizza? L'esito di questo processo ci permette di ribadire le differenze di tutela, relative alla libertà in questione, tra il modello della CEDU

e quello dell'UE, con il secondo modello che tutela la libertà delle arti non solo dal punto di vista dell'attività *ex se* (invenzione e produzione), ma anche da quello della sua diffusione (divulgazione). La sentenza analizzata rivela la mancanza di nitidezza dei confini tra immaginario (creatività) e realtà (opinione) quando la libertà di creazione artistica è recepita come derivazione della libertà di espressione/opinione, come succede appunto nel sistema della CEDU. In questo senso, lo sganciamento della «libertà delle arti» (art.13 CDFUE) dalla libertà di espressione/opinione (art. 11 CDFUE), compiuto dall'ordinamento dell'Unione Europea, rappresenta un significativo passo avanti nella difficile interpretazione di casi simili.

3) Corte EDU, sentenza del 8 luglio 1999, Karatas c. Turchia, Ricorso n. 23168/94

Hüseyin Karatas è turco di origine curda, vive a Istanbul e lavora come psicologo. Nel novembre del 1991 pubblicava un'antologia di poesie intitolata *Dersim-Bir İsyanın Türküsü* (*The song of a rebellion - Dersim*). L'8 gennaio 1992, il pubblico ministero accusava il ricorrente ed il suo editore di propaganda contro « l'indivisibile unità dello Stato », nei termini dell'art. 8 della Legge di Prevenzione al Terrorismo, e conseguentemente furono confiscate le copie della pubblicazione. Il ricorrente negava le accuse di fronte al Tribunale di Sicurezza Nazionale (composto da tre giudici, incluso un giudice militare), affermando che i versi contestati erano riportati nell'opera tra virgolette, trattandosi, dunque, di citazione che in nessun modo rifletteva la propria opinione. Il libro, nonostante tutto, era una creazione letteraria - un'antologia di poesie nelle quali l'autore esprimeva i suoi pensieri, angosce, sentimenti e allegrie attraverso un linguaggio colorato e "iperbolico" - e come tale doveva essere considerato.

Il tribunale turco riteneva, invece, che le poesie glorificassero i movimenti insurrezionalisti e la lotta per l'indipendenza curda, costituendo, per questo motivo, propaganda separatista contro l'unità e l'integrità dello Stato. Il tribunale, nella convinzione che le poesie traducevano l'opinione dell'autore, condannava il ricorrente ad un anno e otto mesi di reclusione e al pagamento di una sanzione pecuniaria. La pubblicazione fu confiscata e i ricorsi alla sentenza tentati dal ricorrente non cambiarono il giudizio di condanna. Karatas scontò la pena inflitta nel carcere Ümraniye di Istanbul.

Difronte alla denuncia di violazione della libertà di espressione artistica garantita dall'art. 10 CEDU e verificando se l'interferenza perseguisse un obiettivo legittimo autorizzato dall'art. 10, par. 2 CEDU, la Corte EDU considerava che, visti gli imperativi di sicurezza nel sud-est della Turchia e la necessità delle autorità di stare in allerta contro iniziative capaci di promuovere la violenza, le misure adottate contro il ricorrente erano integrabili negli obiettivi menzionati dal Governo turco, soprattutto per ciò che riguardava la protezione della sicurezza nazionale e dell'integrità territoriale, la prevenzione contro i disordini e la criminalità. Quanto alla proporzionalità delle misure prese - o alla loro necessità in una società democratica - e dinanzi alla convinzione dell'autore di essere stato condannato perché non allineato all'ideologia ufficiale, la Corte EDU ricordava che l'esercizio della libertà di espressione è soggetta a restrizioni, le quali, tuttavia, devono essere ammesse in forme ristrette, e che la necessità di tali restrizioni deve essere giustificata in modo convincente, elemento che implica l'esistenza di una necessità sociale imperativa. Come spiegato dalla Corte, gli Stati firmatari della CEDU dispongono di un certo margine

di verifica circa queste necessità, ma spetta alla Corte EDU emettere la decisione finale sulla compatibilità delle restrizioni applicate rispetto alla libertà di espressione. Acquista un'importanza fondamentale, dunque, valutare se l'ingerenza è stata proporzionale ai legittimi obiettivi perseguiti e se le ragioni addotte dai giudici nazionali per giustificarle siano state rilevanti e convincenti.

I giudici europei ritenevano che la pubblicazione sotto accusa contenesse poesie che, attraverso un linguaggio metaforico, esortavano all'auto-sacrificio per il Kurdistan, includendo alcuni passaggi particolarmente aggressivi rivolti alle autorità turche; in termini letterari, le poesie potevano essere interpretate come un incitamento all'odio, alla rivolta e all'uso della violenza. Nella verifica di questi contenuti era necessario tener presente che il mezzo utilizzato era la poesia, poiché l'art. 10 CEDU, come sappiamo, non solo tutela la sostanza delle idee e delle informazioni enunciate, ma anche la forma attraverso la quale le stesse sono trasmesse. La Corte EDU riteneva evidente, inoltre, il carattere politico delle poesie e, a tal proposito, è bene notare la presenza di un piccolo margine di restrizione, nei termini dell'art. 10, del discorso politico o del dibattito in materie di interesse pubblico; è così perché in un sistema democratico le azioni o omissioni del governo devono essere soggette allo stretto controllo non solo delle autorità giudiziarie, ma anche dell'opinione pubblica. È altrettanto indubbio che le autorità nazionali possano adottare, nell'esercizio delle proprie competenze di garanti dell'ordine pubblico, misure dirette a reagire in modo adeguato, e senza eccessi, contro attacchi ingiustificati da parte dei propri avversari; quando questi attacchi incitano alla violenza contro un individuo, un dipartimento pubblico o una parte della popolazione, le autorità nazionali godono di un margine di verifica maggiore rispetto alla necessità di intervenire nella libertà di espressione, fatto che rivela la sensibilità dei giudici di Strasburgo nei confronti dei problemi relazionati alla lotta al terrorismo.

La Corte EDU osservava, dunque, che il ricorrente aveva espresso la propria prospettiva attraverso la poesia - che per definizione è destinata ad un pubblico ridotto - e non attraverso i *mass media*, fatto non trascurabile, poiché limita il potenziale impatto sulla sicurezza nazionale, l'ordine pubblico e l'integrità territoriale in termini sostanziali. Così, nonostante l'aggressività e l'incitamento all'uso della violenza che poteva trapelare da alcuni passaggi delle poesie, la Corte EDU enfatizzava la sua natura artistica e il suo limitato impatto, ragion per cui considerava l'opera non come un'esortazione alla rivolta, ma come un'espressione della profonda angoscia di fronte ad una difficile situazione politica. Veniva quindi messa in risalto la severità della pena imposta al ricorrente - soprattutto il fatto di essere stato condannato a più di un anno di reclusione - e la perseveranza degli sforzi compiuti per far eseguire la condanna, fatto preso in considerazione per giudicare la proporzionalità dell'intervento. In conclusione, la Corte EDU decideva che la condanna di Karatas non era stata proporzionale rispetto agli obiettivi perseguiti ed era inoltre in disaccordo con le necessità di una società democratica, elementi per i quali sussisteva una violazione dell'art. 10 della CEDU. Lo Stato turco era obbligato a pagare al ricorrente i danni morali, oltre alle spese del giudizio.

Alla luce della decisione presa dai giudici europei nasce un interrogativo ineludibile: se le poesie fossero state divulgate in larga scala o per caso inscenate in un film o se ancora fosse stato utilizzato un mezzo di divulgazione più potente, la decisione della Corte EDU sarebbe stata diversa? Proba-

bilmente sì, se teniamo conto della rilevanza attribuita dalla Corte al ristretto pubblico dei versi di Karatas, perché i limiti ammissibili alla libertà di creazione artistica sarebbero andati a collidere con altri diritti fondamentali tutelati dallo stesso ordinamento giuridico, limiti che generalmente si riferiscono alla diffusione/divulgazione della creazione artistica e non in senso stretto all'attività di creazione. Quando l'«ambito della diffusione» assume relativa autonomia rispetto all'«ambito della creazione», i casi di limiti ammissibili diventano più frequenti (Gomes Canotilho/Moreira, 2007). Nonostante tutto, in una sentenza più recente, nella quale era in giudizio il romanzo basato su fatti reali ed elementi di finzione dal titolo *Le Procès de Jean-Marie Le Pen* (*Jean-Marie Le Pen on Trial*) - che narra il giuramento di un militante del Fronte Nazionale, accusato, insieme ad altri militanti, di essere il responsabile dell'omicidio di un giovane di origini africane, dando luogo ad un processo per crimine razziale - la Corte EDU, anche se riconosceva il romanzo quale forma di espressione artistica indirizzata ad un pubblico ristretto rispetto alla stampa (ragione per la quale i danni potenziali ai diritti ed alla reputazione di Le Pen e del suo partito sarebbero stati più limitati), decideva non vi fosse violazione dell'art. 10 CEDU nella condanna dell'autore da parte dei giudici francesi, tenuto conto della violenza dei passaggi impugnati e del fatto che nel romanzo erano nominati il partito ed il suo leader. Questo significa che anche quando il campo di diffusione è relativamente ridotto, la libertà di creazione artistica può subire restrizioni ammissibili, soprattutto quando si confonde con la realtà e lede i diritti fondamentali altrui.

4) Corte EDU, sentenza del 25 aprile 2007, Vereinigung Bildender Künstler Wiener Secession c. Austria, Ricorso n. 68354/01

Vereinigung Bildender Künstler Wiener Secession è un'associazione di artisti che ha la propria sede nella Secessione di Vienna, galleria indipendente dedicata esclusivamente ad esposizioni di arte contemporanea. I principali obiettivi dell'associazione sono la divulgazione dell'attuale evoluzione artistica austriaca ed internazionale e la sperimentazione. Tra il 23 aprile e il 21 giugno del 1998 l'associazione ricorrente organizzava un'esposizione intitolata *Das Jahrhundert künstlerischer Freiheit* (*The century of artistic freedom*), con la quale, inoltre, commemorava il suo centenario. Tra i lavori presentati, figurava un quadro intitolato *Apocalypse*, opera dipinta per l'occasione dal pittore austriaco Otto Mühl; il quadro (4,50m x 3,60m) raffigurava un collage di varie personalità pubbliche, tra le quali potevano riconoscersi Madre Teresa, il cardinale austriaco Hermann Groer, il leader del Partito Liberale Austriaco (FPÖ) Jörg Haider e Walter Meischberger, antico segretario generale del FPÖ ed allora deputato all'Assemblea Nazionale, tutti rappresentati in atteggiamenti sessuali. I corpi nudi dei personaggi erano dipinti, i volti erano realizzati con foto ritagliate dai giornali e gli occhi di alcuni erano censurati.

L'esposizione fu aperta al pubblico e il 12 giugno 1998 il quadro fu danneggiato da un visitatore che coprì il corpo e parte della faccia di Meischberger con vernice rossa; vari giornali riportarono l'incidente e pubblicarono foto del quadro. Il 22 giugno 1998 Meischberger proponeva un'azione giudiziale contro l'associazione ricorrente, con fondamento nell'art. 78 della Legge sul Diritto d'autore (che protegge il diritto all'immagine), sollecitando la proibizione dell'esibizione dell'opera e un risarcimento per i danni. Il 6 agosto 1999 il Tribunale Commerciale di Vienna decideva che un quadro somigliante ad un *comic strip* (e che ritraeva sia amici del pittore che severi critici del suo lavoro) ovviamente non rappresentava la

realtà, per questi motivi riteneva che le richieste di Meischberger non potessero essere accolte. Fu proposto un ricorso avverso tale decisione e, in seconda istanza, il 24 febbraio 2000, i giudici decidevano a favore di Meischberger, perché la fotografia dell'interessato era stata utilizzata in forma degradante ed offensiva, per cui i limiti della libertà artistica erano stati superati; esisteva, inoltre, il rischio di recidiva e la conseguente necessità di proibire l'esibizione pubblica.

Davanti alla contestazione di una violazione della libertà di espressione artistica, determinata dalla decisione dei tribunali di Vienna, la Corte EDU osservava che l'art. 78 della Legge sul Diritto d'autore prevede sia posto rimedio contro la pubblicazione di immagini che violino i legittimi interessi di una persona o, nel caso sia morta, dei suoi parenti; la misura impugnata perseguiva il legittimo obiettivo della tutela dei diritti altrui, poiché l'esibizione del quadro in oggetto degradava la reputazione di Meischberger. Il Governo austriaco aveva dichiarato, inoltre, di perseguire l'obiettivo della tutela della morale pubblica, ma la Corte EDU riteneva che niente, nella legislazione riferita, e nemmeno nella decisione giudiziale contestata, contemplava tale obiettivo, per questo non accettava, da parte delle autorità austriache, argomentazioni che non rientrassero nella difesa dei diritti individuali del deputato.

Per ciò che riguarda la necessità dell'intervento, i giudici europei notavano che il quadro, nel suo stato originale, ritraeva Meischberger in modo offensivo, in quanto nudo e coinvolto in atti sessuali, tuttavia doveva essere tenuto conto del fatto che la fotografia era destinata esclusivamente a ritrarre il volto della personalità coinvolta, per di più i suoi occhi erano censurati ed il suo corpo era disegnato in forma irrealistica ed esagerata. Era consensuale la comprensione da parte dei tribunali austriaci che il quadro non aveva l'obiettivo di riflettere o suggerire la realtà, fatto che portava la Corte EDU a considerare la rappresentazione dell'opera una caricatura satirica delle persone coinvolte. Essendo la satira un'espressione artistica e di critica sociale, ed essendo le sue intrinseche componenti esagerate e distorsive della realtà, persegue uno scopo provocatorio; in questo senso, qualsiasi intervento atto a limitare la libertà di creazione artistica deve essere esaminato con particolare attenzione.

Nella fattispecie in questione, la Corte EDU ritenne che molto difficilmente i dettagli presenti nell'opera potessero essere assunti come elementi privati della vita di Meischberger, ma dicevano molto di più sulla sua figura pubblica di politico del FPÖ (un incarico, quello politico, che richiede sicuramente una maggiore tolleranza nei confronti delle critiche). La Corte EDU non giudicava irrazionale la decisione del caso adottata nella prima istanza di giudizio, secondo la quale la scena in cui Meischberger era ritratto poteva essere intesa come un contro-attacco nei confronti del Partito Liberale austriaco, i cui membri avevano criticato duramente il lavoro dell'autore, ma faceva presente che il quadro raffigurava una serie di 33 persone - incluso lo stesso pittore - e alcune delle quali erano più famose e conosciute dal pubblico austriaco rispetto all'allora deputato, e tutte erano rappresentate negli stessi termini; inoltre, prima che Meischberger avanzasse con un'azione giudiziale, la parte dell'opera che lo ritraeva era stata danneggiata e il suo corpo sul dipinto completamente coperto da vernice rossa. Adesso, anche considerando che Meischberger era ancora riconoscibile, la polemica intorno al suo ritratto risultava certamente affievolita, o addirittura totalmente eclissata, dal ritratto delle altre personalità, molto più rilevanti e ancora completamente visibili nel quadro.

La Corte EDU faceva presente, infine, che la seconda istanza austriaca non limitava la sua decisione nel tempo e nello spazio, lasciando l'associazione ricorrente, che dirige una delle più famose gallerie d'arte contemporanea in Austria, senza la possibilità di esibire in futuro l'opera, in virtù del fatto che Meischberger era ancora una personalità pubblica. In conclusione, considerando gli interessi personali di Meischberger, la natura satirica dell'opera, così come l'impatto della misura nell'attività dell'associazione ricorrente, la Corte EDU concludeva che la decisione austriaca non era stata proporzionata rispetto al fine perseguito e non era necessaria in una società democratica alla luce dell'art. 10, par. 2, CEDU, ragion per cui risultava integrata una violazione della libertà di creazione artistica, che comportava per lo Stato austriaco l'obbligo di pagare all'associazione ricorrente i danni materiali, oltre alle spese del giudizio.

Alla luce di quanto detto, possiamo affermare che questa sentenza porta con sé una novità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativamente alla libertà di creazione artistica, capace di allontanare alcune delle preoccupazioni riguardanti la possibile futura adesione dell'Unione Europea alla CEDU. Nell'assenza di un catalogo di diritti fondamentali specifico dell'Unione, la CGUE ha ammesso, dagli anni '70 del secolo scorso, che la CEDU funziona come quadro di riferimento per la tutela di tali diritti nell'ordinamento giuridico dell'UE. Anche con l'entrata in vigore della CDFUE, l'art. 6, par. 3, TUE continua ad affermare testualmente che fanno parte del diritto dell'Unione, poiché principi generali, i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri. Resta il fatto che l'Unione Europea non è firmataria della CEDU - lo sono i suoi Stati Membri - e per questo i privati non possono rivolgersi alla Corte EDU nel caso in cui vi sia un fallimento nel sistema di tutela dell'Unione Europea per violazione dei diritti consacrati dalla Convenzione. Tutto questo cambierà, perché il nuovo art. 6, par. 2, TUE autorizza l'adesione dell'Unione alla CEDU, pertanto, quando ciò si concretizzerà, la Corte EDU avrà, teoricamente, l'ultima parola sulla tutela dei diritti fondamentali nel contesto dell'Unione Europea.

Il processo di adesione è stato portato avanti con molta attenzione, viste le difficoltà tecnico-processuali che comporta: l'art. 218, par. 8, TFUE dispone sulla necessità di un accordo di adesione dell'Unione alla CEDU, che richiede l'approvazione di tutti gli Stati Membri, in conformità con le rispettive Costituzioni; è stato inoltre annesso al Trattato di Lisbona un Protocollo (n. 8) relativo all'adesione dell'Unione alla CEDU e, finalmente, è stata annessa all'Atto finale della conferenza intergovernamentale che ha adottato il Trattato di Lisbona una Dichiarazione *ad par.* 2, dell'art. 6 TUE, che esorta ad un dialogo regolare tra la CGUE e la Corte europea, con il suggerimento che l'adesione avvenga preservando le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

Non sappiamo ancora come l'adesione alla CEDU potrà funzionare con il meccanismo del livello di tutela più elevato riconosciuto nell'Unione; nulla può garantire che la protezione più estesa sia quella concessa dalla Convenzione, che corrisponde al parametro che sarà usato della Corte EDU per pronunciarsi su questioni relative ai diritti fondamentali nell'Unione Europea. Allo stesso modo, nulla può garantire che la Corte EDU voglia (o possa) lavorare con tale principio ogni volta che è chiamata a decidere sui difetti nel sistema «multilivello» di protezione della UE; questo costringe l'Unione Europea a sviluppare un sistema altamente sofisticato, al fine di evitare che, a causa delle sue carenze sistemiche, i

cittadini europei siano sottoposti ad un livello di tutela che è inferiore a quello che essa deve offrire. Quanto alle attuali relazioni tra la Corte EDU e la CGUE, possiamo dire che la prima sviluppa una giurisprudenza di condiscendenza nei riguardi della seconda, basata sulla presunzione di tutela giudiziaria equivalente o sufficiente esercitata dalla CGUE in materia di diritti fondamentali. Non è dato comunque sapere se questa accondiscendenza potrà sopravvivere all'adesione, ragione per la quale l'attualizzazione della giurisprudenza della Corte EDU per ciò che riguarda la libertà di creazione artistica è benvenuta.

BIBLIOGRAFIA

- Barnard C. , *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford University Press, 2004
- Besselink L. , *Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, n. 35, 1998
- Besselink L. , *Multiple political identities: revisiting the 'maximum standard'*, in *Citizenship and solidarity in the European Union – from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, Silveira A./Madeira Froufe P./Canotilho M. (a cura di), Peter Lang, Bruxelles, 2013
- Canotilho J. J./Moreira V. , *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edizione, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- Craig P./De Burca G. , *National constitutional traditions and the "maximum standard" problem*, in *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, Fourth edition, 2008
- Demuro G. , in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bifulco R./Cartabia M./Celotto A. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2001
- De Quadros F. , *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004
- De Witte B. , *Tensions in the multilevel protection of fundamental rights: the meaning of article 53 EU Charter*, in *Citizenship and solidarity in the European Union – from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, Silveira A./Madeira Froufe P./Canotilho M. (a cura di), Peter Lang, Bruxelles, 2013
- Duarte M. L. , *União Europeia e direitos fundamentais – no espaço da internormatividade*, AAFDL, 2006
- Duarte M. L. , *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010
- EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Giugno/2006, (ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm)
- Gomes Canotilho J. J. , *"Brançosos" e a interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006.
- Gomes Canotilho J. J./Moreira V. , *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edizione, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- Gomes Canotilho J. J. , *Estado de direito e internormatividade*, in Silveira A. (a cura di), *Direito da União Europeia e transnacionalidade*, Quid juris, Lisboa, 2010
- Gomes Canotilho J. J. /Canotilho M. , *Comentário ao artigo 6 do TUE*, in *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Lopes Porto M./Anastacio G. (a cura di), Almedina, Coimbra, 2012
- Guerra Martins A. M. , *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004.
- Moura Vicente D. , *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Almedina, Coimbra, 2008
- Neves M. , *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009
- Pernice I. , *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 27, 2002
- Poiars Maduro M. , *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, Estoril/Cascais, 2006.
- Rangel P. , *Uma teoria da "interconstitucionalidade": pluralismo e Constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires*, in *O estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*, Dom Quixote, Alfragide, 2009
- Sarmiento D. , *Poder judicial e integración europea*, Civitas, Madrid, 2004
- Schermers H./Waelbroeck D. , *Judicial protection in the European*