

Gli obblighi positivi riguardanti la libertà di espressioni: un mero potenziale o un potere reale?

Tarlach McGonagle¹

*Tutto può accadere. Sai che Giove
attenderà che le nuvole si accumulino
prima di lanciare il fulmine? Beh, proprio ora,
sul suo carro di fuoco, ha appena attraversato, galoppando,
un cielo limpido e azzurro. La terra ha tremato ...²*

(Seamus Heaney)

INTRODUZIONE

Non c'erano fulmini, né tuoni, né un Re degli Dei ad annunciare l'occasione. Al contrario, la Corte europea dei diritti dell'uomo (la Corte) ha annunciato in modo molto sfortunato la propria pronuncia più ampia per statuire gli obblighi positivi degli Stati membri del Consiglio d'Europa volti a garantire la libertà di parola. La Corte ha affermato che gli Stati membri sono essenzialmente tenuti a facilitare un dibattito pubblico inclusivo e pluralistico. La formulazione più ampia ed estesa si trova nel paragrafo 137 della sentenza *Dink c. Turchia*:

Gli Stati sono tenuti a predisporre un sistema di protezione efficace per autori e giornalisti, in quanto tale adempimento è parte del loro obbligo di creare un ambiente favorevole per la partecipazione di tutti

-
- 1 Ricercatore senior presso l'Istituto di diritto dell'informazione (IViR) della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Amsterdam e portavoce del Comitato di esperti del Consiglio d'Europa per la protezione del giornalismo e della sicurezza dei giornalisti (MSI-JO). Anche se questo articolo è stato scritto a titolo personale, l'autore vorrebbe far sapere con immensa gratitudine che la sezione "I limiti della libertà di espressione" ha beneficiato sia di una collaborazione relativa a temi importanti con MSI-JO, sia di una collaborazione continua con Onur Andreotti.
 - 2 Seamus Heaney, *"Anything can happen"*, secondo Orazio, Odi I, 34, in Heaney S. (2004:11).

al dibattito pubblico e di consentire l'espressione di opinioni e idee senza timore, anche quando esse contrastano con quelle sostenute dalle autorità o di una parte importante dell'opinione pubblica nonché quando creano fastidio o scandalo a queste ultime.³

Nonostante tale annuncio sia stato proclamato in sordina, vi è una crescente consapevolezza circa il suo enorme potenziale e del suo carattere potenzialmente innovativo.

Il presente capitolo si propone di analizzare le basi teoriche e normative della dottrina degli obblighi positivi e, in seguito, di ripercorrerne l'evoluzione nella giurisprudenza della Corte. In seguito, si dimostrerà come la Corte man mano ha preso maggiore confidenza con la dottrina, diventando più propensa ad applicarla nei casi che hanno per oggetto la libertà di espressione, fino alla sentenza *Dink*. L'argomento guida del capitolo consiste nella convinzione che la teoria degli obblighi positivi possiede enormi potenzialità nell'affermazione della libertà di parola e che la Corte è ora chiamata a sceglierne le implicazioni nei casi concreti in maniera molto scrupolosa, se vuole effettivamente realizzare il potenziale di detta teoria.

La questione verrà approfondita dando uno sguardo ai vari obblighi positivi riassunti nel paragrafo 137 della sentenza *Dink*. Per ragioni di chiarezza organizzativa e di convenienza, i titoli scelti corrispondono ai punti centrali del paragrafo 137: un ambiente favorevole per la partecipazione di tutti al dibattito pubblico; l'espressione di opinioni e idee senza paure, e opinioni e idee che offendono, scandalizzano o creano disturbo.

BASI NORMATIVE E TEORICHE

Tutti i trattati internazionali sui diritti umani condividono l'obiettivo comune di assicurare che i diritti enunciati in essi vengano resi effettivi in pratica. Vi è, inoltre, una tendenza predominante nella disciplina normativa dei trattati internazionali di garantire ai singoli individui rimedi efficaci quando i loro diritti umani sono stati violati. Al fine di raggiungere tali

3 Testo originale in lingua francese di *Dink c. Turchia*, paragrafo 137: "...les Etats sont tenus de créer, tout en établissant un système efficace de protection des auteurs ou journalistes, un environnement favorable à la participation aux débats publics de toutes les personnes concernées, leur permettant d'exprimer sans crainte leurs opinions et idées, même si celles-ci vont à l'encontre de celles défendues par les autorités officielles ou par une partie importante de l'opinion publique, voire même sont irritantes ou choquantes pour ces dernières".

obiettivi, sia congiuntamente che separatamente, non sempre è sufficiente che gli Stati si astengano dall'interferire nei diritti umani dei singoli individui: è altrettanto richiesto un intervento positivo o affermativo. È quindi importante riconoscere la coesistenza di obblighi positivi e negativi degli Stati per la salvaguardia dei diritti umani. Nonostante tale punto di vista sia ampiamente condiviso al giorno d'oggi, in passato ha incontrato forti resistenze. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU oppure la Convenzione) ne è un caso tipico.

Dalla storia della CEDU emerge chiaramente che il suo principale obiettivo consistette nella stesura di una lista di diritti e libertà che sarebbero stati protetti attraverso il Consiglio d'Europa ed il suo sistema di imposizioni collettive. In seguito, il sistema di imposizioni collettive avrebbe "esteso solamente i diritti e le libertà, imponendo", *inter alia*, "agli Stati solamente obblighi 'di *non facere*', ovvero di omettere determinate azioni, la cui violazione sarebbe, di conseguenza, suscettibile di un'immediata sanzione da parte di una corte."⁴ Tali obblighi di astenersi dal compiere un determinato atto vengono comunemente definiti obblighi negativi. Ciononostante, nel testo di Convenzione adottato, vi sono vari articoli che prevedono espressamente una serie di obblighi positivi per gli Stati. L'articolo 6 (diritto a un equo processo) e l'articolo 13 (diritto a un ricorso effettivo), per esempio, presuppongono entrambi un'azione affermativa da parte dello Stato, affinché i diritti garantiti vengano effettivamente attuati.

Oltre a tali obblighi positivi espliciti sanciti dal testo della CEDU, la Corte ha identificato, nel corso degli anni, vari obblighi positivi impliciti nel testo. Alastair Mowbray ha identificato una serie di fasi nell'evoluzione della teoria degli obblighi positivi nella giurisprudenza della Corte.⁵ Inizialmente vi fu una prima giurisprudenza della Corte che si basò sugli obblighi positivi esplicitamente previsti dalla Convenzione. Seguì poi una fase compresa tra la fine degli anni 70 e l'inizio degli anni 90 nella quale la Corte sviluppò una serie di obblighi positivi basandosi sulla necessità sancita dall'art. 8, comma primo di "rispettare" la vita familiare e privata. Gli anni 90 furono poi caratterizzati dallo sviluppo di obblighi positivi richiamando gli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura) e 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza). In seguito, la Corte ha ampliato il novero degli obblighi positivi creandone di nuovi.⁶ Il presente capitolo vuole infi-

4 Teitgen P.-H. (1993:10).

5 Mowbray A. (2004:227).

6 Mowbray A. (2004:229).

ne evidenziare che la sentenza *Dink* potrebbe segnare l'inizio di una nuova fase nello sviluppo della teoria degli obblighi positivi, quantomeno in riferimento al diritto alla libertà di espressione.

Esistono visioni leggermente divergenti in merito a quando e in che modo la Corte abbia iniziato a sviluppare la propria teoria degli obblighi positivi. Per inciso, l'attuale Presidente della Corte, Dean Spielmann, ritiene che il *Caso linguistico belga*⁷ sia la sentenza con la quale la Corte ha "inaugurato" tale teoria⁸, mentre altri considerano la sentenza *Marckx*⁹ il punto di partenza rilevante.¹⁰ Entrambi i modi di vedere la questione sono, a loro modo, precisi e conciliabili, considerando che il riferimento agli obblighi positivi nel *Caso linguistico belga* avviene in maniera indiretta, mentre nella sentenza *Marckx* esso è più diretto. Nel *Caso linguistico belga* la Corte ha ritenuto che "non si può concludere che lo Stato non abbia obblighi positivi per assicurare il rispetto di un diritto quale quello protetto dall'articolo 2, protocollo 1 della CEDU (diritto all'istruzione).¹¹ D'altro canto, la sentenza rispecchia il pensiero giurisprudenziale tipico dell'epoca, ovvero che la maggior parte degli obblighi derivanti dalla Convenzione per gli stati sono "essenzialmente" di carattere negativo.

Nella sentenza *Marckx*, invece, la Corte ha affermato, in riferimento al *Caso linguistico belga*, che, nonostante l'oggetto dell'articolo 8 consista "essenzialmente" nella protezione dell'individuo da un intervento arbitrario da parte di pubbliche autorità, "ciò non obblighi lo stato solamente ad astenersi da una tale interferenza: oltre a tale impegno primario di carattere negativo, possono sussistere obblighi positivi inerenti ad un 'rispetto' effettivo della vita familiare"¹². La sentenza *Airey* seguì poco dopo, offrendo alla Corte la possibilità di raffinare tale formulazione e di estenderne l'oggetto menzionando sia la vita privata che quella familiare.¹³

Indipendentemente dalle sue fondamenta storiche, la base normativa della teoria è chiara. L'articolo 1 della CEDU obbliga gli Stati membri della Convenzione a riconoscere "a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà" enunciati nella Convenzione. L'obbligo di "riconoscere" tali diritti è inequivocabile e comporta necessariamente che i di-

7 *Belgian linguistic case*.

8 Spielmann D. (2007:434).

9 *Marckx c. Belgio*.

10 Per esempio, Dijk P. (van) (1998:18).

11 *Belgian linguistic case*, par. 27; § 3.

12 *Marckx c. Belgio*, § 31.

13 *Airey c. Irlanda*. Vedi, in particolare, § 32.

ritti in questione non siano “teorici o illusori”, ma “pratici ed effettivi”¹⁴. Contro uno scenario simile e sulla base dell’analisi della giurisprudenza della Corte, è stato osservato che “varie forme di obblighi positivi sono state imposte a diversi corpi governativi al fine di assicurare una garanzia realistica dei diritti e delle libertà sanciti dalla Convenzioni”¹⁵. L’esatto significato di una “garanzia realistica” va determinato caso per caso, nonostante, secondo certi orientamenti, si possa tentare di formulare un’identificazione per ogni articolo della Convenzione¹⁶. Gli esempi precedentemente trattati sono stati scelti sulla base della loro importanza per gli obblighi positivi degli Stati enunciati nel paragrafo 137 della sentenza *Dink*.

Inizialmente, la Corte esitò a fare propria tale teoria. Si è ripetutamente rifiutata di “sviluppare una teoria generale degli obblighi positivi che potesse derivare dalla Convenzione”¹⁷, preferendo, invece, determinare l’esistenza e lo scopo degli obblighi positivi caso per caso¹⁸. Essendo le sentenze della Corte “essenzialmente declaratorie”, la Corte “rimette agli Stati la decisione circa i mezzi da utilizzare all’interno dei propri ordinamenti per far fronte ai propri obblighi *ex art. 53*”¹⁹, assumendo, ovviamente, che le circostanze consentano una scelta del genere²⁰. Gli Stati sono comunque obbligati ad intraprendere “misure ragionevoli ed appropriate” per assicurare i diritti e le libertà previsti dalla Convenzione.²¹ Ciò comporta spesso “l’obbligo di utilizzare determinate misure e non di raggiungere un determinato scopo”.²² Gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento in tale ambito. Tale margine può essere ampio, specialmente quando si tratta di obblighi positivi, per esempio in riferimento all’articolo 8, la cui “nozione di ‘rispetto’ [per la vita familiare] non è univoca” e, “tenendo conto della diversità dei metodi utilizzati e delle situazioni presenti nei sin-

14 *Ibid.*, § 24.

15 Mowbray A. (2005:78).

16 Vedi in generale: Mowbray A. (2004).

17 *Plattform “Ärzte für das Leben” c. Austria*.

18 *Rees c. Regno Unito*.

19 *Marckx c. Belgio*, § 58.

20 Vedi (in ottemperanza ai rimedi per adempiere gli obblighi dello) *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, § 31. La Corte sostenne che “la violazione rilevata in questo caso non lascia, alla luce della sua natura, alcuna scelta relativa alle misure necessarie per provi rimedio”.

21 *Plattform “Ärzte für das Leben” c. Austria*, § 34.

22 *Ibid.*

goli Stati membri, i requisiti della nozione varieranno in modo considerabile da caso a caso”.²³

Al momento, i criteri utilizzati dalla Corte per determinare se uno Stato abbia onorato o meno uno specifico obbligo positivo restano in parte poco chiari, nonostante il seguente passaggio fornisca qualche indicazione:

il confine tra gli obblighi positivi e negativi degli Stati sanciti dalla Convenzione non è facile da tracciare. Nondimeno, i principi da applicare sono simili. Sia che il caso viene analizzato in termini di obblighi positivi per lo Stato, sia che esso comporti un’interferenza da parte di una pubblica autorità che deve essere giustificata, i criteri da applicare non si differenziano nella sostanza. In entrambi contesti bisogna bilanciare i diversi interessi in gioco.²⁴

La Corte ha ritenuto che i legittimi scopi di restringere, per esempio, il diritto alla *privacy* e alla libertà di espressione (sanciti dagli articoli 8, co. 2 e 10, co. 2) possono essere rilevanti per stabilire se gli Stati abbiano onorato o meno gli obblighi positivi in causa.²⁵ La Corte ha altresì ritenuto che il margine di apprezzamento è, in sostanza, il medesimo per gli articoli 8 e 10 della CEDU.²⁶ In tutti i casi nei quali sono coinvolti diritti sanciti dalla Convenzione in conflitto fra loro, è necessario trovare un giusto equilibrio tra gli stessi, a seconda delle particolari circostanze del caso.²⁷

Dopo aver illustrato alcune considerazioni generali riguardanti la teoria degli obblighi positivi, appare chiaro che lo sviluppo di tale teoria è una delle ragioni principali per le quali si può ritenere che la CEDU sia “parte di un progetto in costruzione, non meramente un’operazione antincendio”.²⁸ Il suo scopo consiste “nella costruzione di una struttura giuridica migliore, non solo nella prevenzione della distruzione di un’ossatura preesistente”.²⁹ Di seguito, l’attenzione si sposterà dalle considerazioni di tipo generali ad un aspetto specifico della teoria che ha generato contenziosi in

23 *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*. Vedi anche *Rees c. Regno Unito*, §§ 35–37 e *Plattform “Ärzte für das Leben” c. Austria*, § 34.

24 *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera* (n. 2), § 82. Vedi anche *Von Hannover c. Germania* (n. 2), § 99.

25 *Rees c. Regno Unito*, *Von Hannover c. Germania* (n. 2).

26 *Von Hannover c. Germania* (n. 2), § 106.

27 Per un’analisi dettagliata e critica dell’attuale approccio della Corte all’applicazione degli obblighi positivi, vedi: Lavrysen L. (2013).

28 Dickson B. (2010:204).

29 *Ibid.*

passato: la misura in cui gli obblighi positivi degli Stati incidono nella sfera privata e nelle relazioni tra individui privati.

Gli obblighi positivi degli Stati e i soggetti privati

La CEDU, così come l'intero sistema giuridico internazionale finalizzato alla protezione dei diritti umani, si basa su un rapporto lineare tra gli individui (detentori di diritti) e gli Stati (portatori di doveri). La cognizione che vari tipi di attori non statali/privati possano (esplicitamente) ricoprire un ruolo nel suddetto sistema è sorta in modo graduale e non privo di attriti. Tale riluttante riconoscimento è, inoltre, stata raggiunta tramite un'interpretazione dinamica delle norme esistenti e la reciproca influenza tra le norme stesse e l'attività di "policy-making".

Non è facile stabilire se e come i trattati internazionali sui diritti umani proteggano gli individui contro altri soggetti privati. Un manuale guida sulla CEDU ne coglie le relative difficoltà concettuali mettendo in guardia dal descrivere tale protezione (nell'ambito della CEDU) come *Drittwirkung*, una teoria secondo la quale "un individuo potrebbe invocare una dichiarazione di diritto nazionale per citare in giudizio un privato cittadino colpevole di aver violato i diritti sanciti appunto da tale dichiarazione".³⁰ Una tale "applicazione orizzontale del diritto ... non può trovare applicazione in riferimento alla Convenzione a livello internazionale, in quanto la Convenzione è un trattato che impone una serie di obblighi soltanto nei riguardi degli Stati."³¹ Prosegue poi affermando che "la Convenzione incide sul comportamento dei privati cittadini soltanto in via indiretta tramite gli obblighi positivi imposti agli Stati".³²

Il punto di svolta per il riconoscimento dell'applicabilità indiretta orizzontale di certe previsioni della CEDU avvenne con la sentenza *Young, James e Webster* nel 1981. In tale caso, la Corte ritenne che se la violazione di uno dei diritti sanciti dalla CEDU "è il risultato del mancato rispetto di un obbligo [da parte dello Stato, art. 1, CEDU] per mezzo della propria attività legislativa, è accertata la corresponsabilità dello Stato per tale violazione

30 Harris D.J et al. (2014:23). Per un'analisi dettagliata di *Drittwirkung* nel contesto della CED vedi Clapham A. (1993). Per un'analisi comparativa dei contenuti di varie dichiarazioni di diritti in riferimento ad azioni legali contro terze parti che violano i diritti umani vedi Oliver D. e Fedtke J. (2007).

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

ne”.³³ Tale riferimento alla corresponsabilità dello Stato ha avuto portata generale; tuttavia, nella giurisprudenza a seguire, la Corte lo ha progressivamente esteso ad altri articoli della Convenzione.

Così, nella sentenza *Airey*, la Corte ha stabilito che “nonostante l’obiettivo dell’art. 8 consista, essenzialmente, nella protezione degli individui dalle interferenze arbitrarie delle pubbliche autorità, esso non impone allo Stato solamente di astenersi da tali ingerenze: oltre agli obblighi primari di natura negativa, vi possono essere, in aggiunta, obblighi positivi inerenti ad un effettivo rispetto della vita privata o familiare”.³⁴ Più tardi, nella sentenza *X. e Y. c. Olanda*, la Corte ha completato tale discorso ammettendo che tali “obblighi possono comportare l’adozione di misure finalizzate ad assicurare il rispetto della vita privata anche nella sfera delle relazioni interpersonali degli individui”.³⁵ Si tratta di un’importante estensione del principio già enunciato nella casistica anteriore, confermando un livello di applicabilità orizzontale dei diritti rilevanti. Inoltre, la Corte “non considera auspicabile, né tantomeno necessario, elaborare una teoria generale concernente l’estensione massima delle garanzie della Corte alle relazioni inter-soggettive dei privati cittadini”.³⁶

Seguendo l’esposizione di alcune delle caratteristiche più generali della teoria degli obblighi positivi, il prossimo capitolo sarà dedicato agli obblighi positivi relativi, nello specifico, alla libertà di espressione, i quali sono enunciati nel paragrafo 137 della sentenza *Dink*.

UN AMBIENTE FAVOREVOLE PER LA PARTECIPAZIONE DI TUTTI AL DIBATTITO PUBBLICO

Il fulcro degli obblighi positivi enunciati nel paragrafo 137 della sentenza *Dink* consiste nell’obbligo, per gli Stati, di creare un ambiente favorevole per il pubblico dibattito al quale tutti possano partecipare. In altre parole, gli Stati sono tenuti a creare un ambiente che renda possibile un dibattito pubblico inclusivo e pluralistico. Il concetto di “ambiente aperto” alla libertà di espressione e/o ai media, sviluppato in vari modi dalla letteratura accademica e dagli studi di “*policy-making*”,³⁷ può essere molto utile per

33 *Young, James e Webster c. Regno Unito*, § 49.

34 *Airey c. Irlanda*, § 32.

35 *X e Y c. Olanda*, § 23.

36 *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera (n. 1)*, § 46.

37 Per un’analisi completa di tale concetto vedi Krug P. e Price M. E. (2002), più recente e conciso Price M. e Krug P. (2007).

esplorare la serie di obblighi (positivi) degli Stati ravvisati dalla Corte. Un ambiente aperto alla libertà di espressione comporta, tipicamente, un contesto giuridico e politico favorevole nonché un clima politico, socio-economico e culturale riconducibili ad una democrazia plurale e ad un panorama mediatico pluralistico. Ciò avviene, come evidenziato da Monroe Prince e Peter Krug, poiché “vi è una forte interazione tra ciò che si può definire legale-istituzionale e l’aspetto socio-culturale, l’interazione tra il diritto e come lo si interpreta e lo si applica, tra come viene rispettato e recepito”.³⁸

Un ambiente favorevole – o aperto – alla la libertà di espressione è un prerequisito per un ambiente favorevole per la partecipazione di tutti al pubblico dibattito. Al fine di garantire la libertà di espressione, bisogna innanzitutto assicurare la sicurezza e l’incolumità di tutti coloro i quali desiderano avvalersi di suddetto diritto. La sicurezza e l’incolumità dei soggetti che intervengono nel pubblico dibattito va, di conseguenza, considerata prioritaria (ma, da sola, insufficiente) per consentire un dibattito pubblico inclusivo e pluralistico. Numerosi obblighi (positivi) riguardano la sicurezza e l’incolumità di coloro che vogliono partecipare a tale dibattito. Questi ultimi verranno ora presi in esame prima di rivolgere lo sguardo agli obblighi (positivi) dei Stati che riguardano il dibattito pubblico in modo più specifico.

I limiti della libertà di espressione

Come già menzionato, la terza fase nello sviluppo della teoria degli obblighi positivi da parte della Corte secondo Mowbray, avvenuta negli/a partire dagli anni 1990, concerné l’identificazione e l’elaborazione di vari obblighi positivi riconducibili agli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura) e 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza).³⁹ Questi obblighi positivi assumono dimensioni sia sostanziali che procedurali, come si vedrà di seguito.

L’articolo 2 prevede che lo Stato debba garantire la sicurezza e l’integrità fisica di tutti all’interno della propria giurisdizione. Ciò attiene non soltanto all’obbligo negativo di astenersi dal sottrarre in maniera intenzionale e illecita il bene della vita, bensì anche all’obbligo positivo di adottare le misure adeguate per salvaguardare la vita di coloro che sono soggetti alla pro-

38 Price M. e Krug P. (2007:96).

39 Per un’analisi dettagliata vedi Mowbray A. (2004), Capitoli 2–4. Vedi anche, in relazione a questo punto, Leach P. (2013:8–11).

pria giurisdizione.⁴⁰ Ciò include necessariamente la salvaguardia delle vite di coloro che desiderano partecipare al pubblico dibattito. Nonostante il suo contenuto principale sia incentrato sulla tortura, l'articolo 3 impone agli Stati di assicurare che “nessuno sia soggetto alla pratica della tortura o ad un trattamento disumano, umiliante o punitivo”. L'articolo 5 prevede che lo Stato abbia l'obbligo di garantire la libertà sostanziale di tutti all'interno della propria giurisdizione e che debba, a tal fine, assicurare che tutti, inclusi i giornalisti e tutti coloro che partecipano al pubblico dibattito, non siano soggetti ad arresti arbitrari, detenzione illegittima o scomparsa forzata. Adempiendo a tali obblighi, lo Stato protegge la libertà di espressione fino ai suoi limiti e crea ed assicura, in contemporanea, lo spazio necessario per il pubblico dibattito.

Nella sentenza *Gongadze c. Ucraina* la Corte ha chiarito la natura degli obblighi (positivi) degli Stati in riferimento alla protezione del diritto alla vita, stabilendo che:

Ciò comporta un obbligo primario per lo Stato di assicurare il diritto alla vita mettendo in campo adeguati mezzi di prevenzione all'interno della legislazione penale che fungano da deterrente alla commissione di offese contro le persone, sostenute da un sistema di *law-enforcement* finalizzato alla prevenzione, soppressione e punizione dei reati. Ciò comporta anche, nelle circostanze adeguate, un obbligo positivo per le autorità di proteggere un individuo o individui le cui vite sono a rischio a causa di atti criminali di un altro individuo.⁴¹

Tale affermazione può, tuttavia, essere interpretata in diversi modi, come ripete la Corte nella giurisprudenza rilevante:

Considerando le difficoltà che la polizia incontra nell'espletare tali funzioni all'interno delle società moderne, l'imprevedibilità del comportamento umano e le scelte operative da prendere in termini di priorità e risorse, l'obbligo positivo deve essere interpretato in modo tale da non imporre alle autorità un onere impossibile o sproporzionato. Di conseguenza, la presenza di un qualsiasi ipotetico rischio alla vita non può automaticamente significare per le autorità un obbligo convenzionale di intraprendere le misure operative all'uopo affinché tale rischio non si concretizzi. Affinché nasca un obbligo positivo, va dimostrato che le autorità conoscevano o avrebbero dovuto conoscere al tempo l'esistenza di un rischio reale e immediato per la vita di un sog-

40 *Gongadze c. Ucraina*, § 164.

41 *Ibid.*

getto identificato o di soggetti indeterminati per mezzo dell'azione criminale di un terzo, e che esse non sono state in grado di assumere le misure necessarie in relazione allo scopo dei loro poteri che, secondo una valutazione ragionevole, ci si sarebbe aspettati per evitare tale rischio.⁴²

È importante ricordare che gli obblighi positivi degli Stati sono rivolti a tutte le autorità pubbliche e che sono tenuti ad adempierli gli organi esecutivi, legislativi e giudiziari, così come tutte le altre autorità statali, incluse le agenzie incaricate di far rispettare l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, a tutti i livelli – federale, nazionale, regionale e locale. Possono comportare implicazioni diverse per le varie strutture pubbliche, considerando la particolarità delle situazioni. Le operazioni di polizia, incluse quelle che riguardano le manifestazioni pubbliche, sono un esempio utile e interessante per la prospettiva del pubblico dibattito. Nella sentenza *Makaratzis c. Grecia*, la Corte ha ritenuto che:

Un'azione priva di regole ed arbitraria da parte degli agenti dello Stato è incompatibile con un effettivo rispetto dei diritti umani. Ciò significa che le operazioni di polizia, nonostante siano autorizzate da parte della legislazione nazionale, debbano anche essere sufficientemente regolate dalla stessa, all'interno di una cornice di salvaguardia adeguata ed effettiva contro l'arbitrarietà e l'abuso della forza..., ed anche contro gli incidenti che possono essere evitati.⁴³

Ciò implica che si debbano tenere in considerazione “non soltanto le azioni degli agenti dello Stato che amministrano le forze armate, ma anche le circostanze, incluse le attività quali la pianificazione e il controllo delle azioni esaminate”.⁴⁴ Inoltre, “una cornice giuridica e amministrativa dovrebbe definire le circostanze limitate nelle quali i pubblici ufficiali sono autorizzati ad usare la forza e le armi da fuoco”, alla luce degli standard internazionali sviluppati in materia.⁴⁵ Di conseguenza, è richiesta una chiara catena di comando in combinazione con direttive e criteri chiari;⁴⁶ una formazione specifica (in relazione ai diritti umani) può essere utile per formulare tali direttive e criteri. In ogni caso, le “innegabili difficoltà inerenti alla lotta contro il crimine non possono giustificare limiti alla protezione da of-

42 *Ibid.*, § 165; *Kılıç c. Turchia*, §§ 62–63; *Osman c. Regno Unito*, § 116.

43 *Makaratzis c. Grecia*.

44 *Ibid.*, § 59.

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*, § 70.

frire nel rispetto dell'integrità fisica degli individui".⁴⁷ Inoltre, l'articolo 3 della CEDU "non consente una valutazione comparativa tra l'integrità fisica di un individuo e l'obiettivo di preservare l'ordine pubblico."⁴⁸

Come appena accennato, gli obblighi positivi degli Stati sanciti dagli articoli 2, 3 e 5 assumono anche dimensioni procedurali. Nel primo caso, la dimensione procedurale comporta un obbligo positivo per lo Stato di svolgere investigazioni effettive, indipendenti e veloci in caso di omicidi o maltrattamenti, indipendentemente dal fatto che essi siano stati commessi da soggetti pubblici o no, con l'obiettivo di processare gli autori di tali crimini, consegnandoli alla giustizia. La Corte ha fornito una guida dettagliata sui criteri da soddisfare affinché una tale investigazione possa ritenersi effettiva. Un'investigazione deve, per esempio, essere "in grado di condurre alla ricostruzione dei fatti rilevanti e alla loro identificazione e, se è il caso, alla punizione dei responsabili".⁴⁹ Inoltre, le autorità "devono aver intrapreso tutte le misure a loro disposizione per assicurare tutte le prove riguardanti il fatto" e le conclusioni dell'investigazione "devono fondarsi sull'analisi completa, oggettiva e imparziale di tutti gli elementi rilevanti".⁵⁰

Gli Stati sono tenuti ad intraprendere tutti i passi necessari per consegnare alla giustizia gli autori di reati di tale tipo. Le investigazioni ed i procedimenti giudiziari dovrebbero tenere in considerazione tutti i vari (potenziali) ruoli in tali crimini, quali gli autori, gli istigatori, i materiali esecutori e i complici, nonché la predisposizione al crimine che scaturisce da ciascuno di questi ruoli.⁵¹ Allo stesso modo, le autorità sono tenute ad investigare "l'esistenza di un possibile collegamento tra un atteggiamento razzista ed un atto di violenza".⁵² Dovrebbero altresì porre attenzione alla posizione vulnerabile, nella quale si pone nei confronti di coloro che detengono il potere un giornalista che affronta tematiche politicamente sensibili.⁵³ I procedimenti non devono, tuttavia, concludersi con sentenze di condanna e con il, altrimenti il loro contenuto sarebbe già predeterminato prima ancora che la giustizia possa prendere il suo corso. In tale merito, la Corte ha statuito che:

47 *Izci c. Turchia*, § 55.

48 *Ibid.*, § 56.

49 *Enukidze e Girgvliani c. Georgia*, § 242.

50 *Ibid.*

51 Vedi, inoltre, *ibid.*, §§ 254 e 255.

52 *Nachova et al. c. Bulgaria*, § 161. Vedi anche *Dink c. Turchia*, § 81.

53 *Gongadze c. Ucraina*, § 168.

Mentre non sussiste alcun obbligo, per tutti i procedimenti, di concludersi con una sentenza di condanna oppure con una sentenza particolare, qualsiasi difetto nelle investigazioni che comporti l'impossibilità di conoscere le circostanze del caso o la persona responsabile può compromettere l'intero procedimento in termini di livello di effettività. I tribunali nazionali non dovrebbero in alcun caso essere pronti a lasciare impuniti gli atti di offesa alla vita.⁵⁴

La Corte ha poi chiarito che, affinché un'investigazione possa essere considerata effettiva, "la persona incaricata del suo svolgimento deve essere terza e imparziale, sia dal punto di vista del giuridico che dal punto di vista pratico."⁵⁵ Ciò implica "non soltanto la mancanza di legami gerarchici o istituzionali con i soggetti coinvolti, "ma anche un'indipendenza dal punto di vista pratico".⁵⁶ La Corte ha anche spiegato i motivi, per i quali dà molta importanza all'effettività delle investigazioni, ovvero perché servono "a mantenere la fiducia dell'opinione pubblica nel fatto che le autorità rispettino il loro ruolo di garanti dello Stato di diritto, a prevenire qualsiasi apparenza di collusione o tolleranza nei confronti di comportamenti illegittimi e, nei casi in cui sono coinvolti attori o enti pubblici, ad assicurarne l'imputabilità per le morti avvenute sotto la loro responsabilità".⁵⁷ Per tali motivi, le investigazioni andrebbero sottoposte al controllo pubblico e "in ogni caso, i parenti più stretti della vittima vanno coinvolti nel procedimento nella misura necessaria a garantirne il loro interesse legittimo".⁵⁸

L'art. 13 della CEDU richiede, inoltre, agli Stati di assicurare un ricorso effettivo qualora sia stato violato un diritto sostanziale sancito dalla Convenzione.⁵⁹ Un ricorso effettivo deve essere procurato "dinanzi un'autorità statale" e, soprattutto per quanto concerne il diritto alla vita e alla libertà, "sebbene la violazione sia stata commessa da un soggetto in veste ufficiale".⁶⁰ La Corte ha spiegato che tale requisito significa che "se un individuo lamenta di essere vittima della violazione di un diritto sancito dalla Convenzione, dovrebbe ottenere la possibilità di ricorrere dinanzi ad un'auto-

54 *Enukidze e Girgvliani c. Georgia*, § 242.

55 *Ibid.*, § 243.

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*

59 Per un'analisi approfondita relativa alle modalità di sviluppo degli obblighi positivi da parte della Corte, vedi Mowbray a. (2004), Capitolo 8.

60 Articolo 13, CEDU.

rità nazionale, affinché essa decida sull'istanza ed il soggetto ottenga, se appropriato nel caso, un risarcimento".⁶¹

I ricorsi dovrebbero essere effettivi e appropriati ed accessibili alle vittime e, qualora risultasse rilevante, alle loro famiglie. L'assenza di tali misure effettive fa sorgere l'esistenza di una cultura dell'impunità, che conduce alla tolleranza degli abusi e dei crimini contro i giornalisti ed altri soggetti mediatici. Quando non vi è nessuna o soltanto una minima prospettiva di persecuzione, gli autori di tali abusi e crimini non temono la pena. Ciò infligge sofferenze ulteriori alle vittime e può portare alla ripetizione degli stessi abusi e crimini.

Come già accennato, assicurare i limiti della libertà di espressione è il primo passo verso la creazione di un ambiente favorevole per un dibattito pubblico inclusivo e pluralistico. Il presente capitolo ha dimostrato che la Corte non solo identifica gli obblighi positivi in riferimento agli articoli 2, 3 e 5, ma ha anche fornito una guida dettagliata per la loro messa in pratica o realizzazione. Il prossimo capitolo sarà dedicato al concetto di dibattito pubblico per come lo intende la Corte. Si vedrà che l'articolato livello di guida giurisprudenziale riguardante gli obblighi positivi ed i limiti della libertà di espressione non è ancora stato raggiunto nel campo degli obblighi positivi e del pubblico dibattito.

Il dibattito pubblico

Il presente capitolo si occuperà *in primis* dell'evoluzione del concetto di dibattito pubblico e dell'importanza di un dibattito pubblico florido per una società democratica. Verranno poi presi in esame i vari obblighi positivi per gli stati affermati dalla Corte in quanto importanti per la protezione ed il rafforzamento del dibattito stesso.

*La reinterpretazione del dibattito pubblico*⁶²

La Corte ha ripetutamente sottolineato l'importanza strumentale del giornalismo e dei media per accrescere il dibattito pubblico in una società democratica. I media possono fornire contributi importanti per il dibattito pubblico trasmettendo (su larga scala) informazioni ed idee, e, al contem-

61 *Silver ed altri c. Regno Unito*, § 113.

62 Questa sezione è una versione aggiornata e riadattata di McGonagle T. (2013).

po, contribuendo alla formazione delle opinioni all'interno della società. Come costantemente riconosciuto dalla Corte, tale affermazione riguarda in particolare in media audiovisivi, a causa della loro ampia raggiungibilità e del loro "impatto immediato e potente".⁶³ La Corte ha tradizionalmente considerato i media audiovisivi più persuasivi della carta stampata ed ora considera internet un mezzo "non meno potente e d'effetto della carta stampata".⁶⁴

I giornalisti e i media contribuiscono anche al pubblico dibattito tramite il ruolo di "guardiani pubblici" che viene loro spesso riconosciuto in una società democratica.⁶⁵ In altre parole, dovrebbero monitorare le attività delle autorità governative (e di altre forze che detengono il potere) vigilando e rivelando qualsiasi illecito commesso dalle stesse. Nel rispetto dell'informazione sulle attività governative, ma anche in un discorso più ampio che riguarda l'interesse pubblico in generale, la Corte ha più volte ribadito che: "i media non hanno solo il compito di impartire tali informazioni e idee: il pubblico ha anche il diritto di riceverle".⁶⁶

I media possono dunque offrire contributi importanti al dibattito pubblico fungendo da *forum* di discussioni e dibattiti.⁶⁷ Tale connotazione è propria soprattutto delle nuove tecnologie, che hanno un potenziale considerevole per un alto livello di partecipazione degli individui e dei gruppi di persone alla società. Nella sentenza *Ahmet Yildirim c. Turchia*, la Corte ha riconosciuto in modo molto schietto l'importanza di internet sul panorama delle comunicazioni contemporanee, in quanto offre "gli strumenti essenziali per la partecipazione ad attività e dibattiti relativi a questioni di politica o pubblico interesse".⁶⁸ Di conseguenza, il crescente carattere interattivo dei media digitali permette un pubblico dibattito e lo rende accessibile ad un numero di partecipanti più ampio rispetto ai soli giornalisti e ai media. L'apprezzamento della Corte nei confronti dei contributi degli individui al dibattito pubblico è riconoscibile nella sentenza *Steel e Morris c. Regno Unito*, quanto essa statuisce che:

In una società democratica anche le campagne di informazione piccole ed informali ... devono essere in grado di svolgere le loro attività in modo effettivo e ... esiste un forte interesse pubblico nel consentire a

63 *Animale Defenders International c. Regno Unito*, § 119.

64 *Fatullayev c. Azerbaigian*, § 95.

65 *Barthold c. Germania*, § 58; *Goodwin c. Regno Unito*, § 39.

66 *The Sunday Times c. Regno Unito* (n. 1), § 65.

67 *Társaság a Szabadságjogokért c. Ungheria*, § 27.

68 *Ahmet Yildirim c. Turchia*, § 54.

tali gruppi ed individui al di fuori della maggioranza di contribuire al pubblico dibattito diffondendo informazioni e idee su temi che concernono l'interesse pubblico generale ...⁶⁹

Grafico 1: la reinterpretazione del dibattito pubblico



Il grafico 1 vuole illustrare i vari modi in cui il pubblico interesse è stato reinterpretato da parte dello sviluppo tecnologico. Fermo restando il mantenimento del giornalismo professionale e dei media “istituzionali”, il pubblico dibattito è oggi più accessibile ad ampi settori del pubblico.⁷⁰ Ciò ha portato alla partecipazione di una diversità più ampia di attori al pubblico dibattito e ad una più ampia diversità nei tipi di contributi. La varietà crescente offre fonti alternative degne di nota per quanto concerne le informazioni e le idee alle strutture e ai processi giornalistico-mediatici istituzionalizzati che furono tradizionalmente determinanti per la caratterizzazione dei contorni e dei contenuti del pubblico dibattito. I giornalisti professionisti ed i canali informativi istituzionali rimangono ancora i *player* dominanti nel campo del dibattito pubblico, ma non ne sono più i guardiani o i moderatori di fatto che furono in passato. Il loro rapporto

69 *Steel e Morris c. Regno Unito.*

70 Vedi in generale: Jakubowicz K. (2009).

con gli altri, i nuovi attori sta diventando più complesso e permeabile.⁷¹ Tale rapporto è caratterizzato dalla competizione reciproca, dalla complementarità e dalla collaborazione. Ciò è raffigurato dalla linea tratteggiata – in opposizione alla linea continua – che demarca la relazione tra i due tipi di attori che contribuiscono al dibattito pubblico come evidenziato nel grafico 1.

Nell'ambito di tale reinterpretazione del pubblico dibattito, sono emerse nuove tipologie di attori, la cui influenza continua a crescere. Si tratta, per inciso, di organizzazioni non governative (ONG), *whistleblower* e *blogger*.⁷²

In tempi recenti, la Corte ha ripetutamente riconosciuto che “quando un’organizzazione non governativa è coinvolta in questioni di pubblico interesse ... sta esercitando il ruolo di guardiano pubblico di rilevanza paragonabile a quello della stampa”⁷³, riconoscendole, allo stesso tempo, “una protezione convenzionale simile a quella accordata alla stampa”.⁷⁴ La Corte ha anche introdotto il concetto di “guardiano sociale” (*“social watchdog”*)⁷⁵; rimane da vedere se tale mutamento terminologico acquisterà anche un significato sostanziale nella giurisprudenza futura. Il fatto che la Corte abbia riconosciuto il valore del contributo delle ONG al dibattito pubblico e la loro abilità di assumere il ruolo di guardiano pubblico o sociale non sorprende.⁷⁶ Vi sono numerosi punti in comune tra le ONG ed i giornalisti o media, in fondo. Le ONG, specialmente quelle che dispongono di risorse economiche maggiori, investono in crescenti strategie professionali informative e mediatiche, spesso arruolando (ex) giornalisti a tale scopo. Le ONG sui diritti umani, in particolare, spesso svolgono missioni investigative simili a quelle proprie del giornalismo, pubblicandone poi i risultati.⁷⁷

I *whistleblower* – individui che, agendo in buona fede e per ragioni di principio e/o di coscienza, rivelano (illegalmente) informazioni confidenziali a causa della loro particolare rilevanza per l’interesse pubblico – sono

71 Schudson M. (2013).

72 Vedi inoltre: Traimer M. (2012).

73 *Animal Defenders International c. Regno Unito*, § 103; *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, § 20.

74 *Társaság a Szabadságjogokért c. Ungheria*, § 27; *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, § 20.

75 *Társaság a Szabadságjogokért c. Ungheria*, § 36.

76 *Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonia*; *Társaság a Szabadságjogokért c. Ungheria*; *Kenedi c. Ungheria*.

77 Fenton N. (2010).

guardiani pubblici per antonomasia. L'importanza dei loro contributi per il dibattito pubblico è stata ampiamente dimostrata dalle rivelazioni di Edward Snowden in materia di sorveglianza di massa segreta. Il c.d. "effetto Snowden" ha inserito la tutela della privacy sui siti internet nelle agende politiche internazionali e nazionali ed innescato un dibattito pubblico su tali temi di dimensioni senza precedenti. I siti di *whistle-blowing* – il più famoso è *WikiLeaks*, ma ne esistono anche altri – facilitano la pratica del *whistle-blowing* in modo sicuro ed anonimo. L'importanza dei contributi dei *whistleblower* per il dibattito pubblico è già stata riconosciuta dalla Corte⁷⁸ ed anche in altri modi dal Consiglio d'Europa.⁷⁹ È probabile che in futuro tale ruolo verrà riconosciuto ancora di più.⁸⁰

Una "blogosfera" crescente è oggi giorno fonte di una miriade di contributi per il dibattito pubblico. Certamente, non tutti i blog hanno l'obiettivo di contribuirvi. Molti blog sono di carattere personale e, in quanto tali, puntano a *network* personali e a comunità legate da un interesse particolare. È tuttavia importante evitare di fare di tutta ta tutta l'erba un fascio senza fare distinzioni tra i singoli *blog*. Anche all'interno della rosa di *blog* che effettivamente contribuiscono al dibattito pubblico, possono risultare utili tipologie più specifiche al fine di identificare la natura dei contributi informativi, per esempio, la distinzione tra *blog* mediatici, *blog* giornalistici, *blog* di *audience* e *blog* creati da privati cittadini.⁸¹ La sottocategoria "*blog* da guardiano pubblico" ("*public watchblog*") è stata proposta per sottolineare che i *blog* possono assumere il ruolo di guardiani pubblici.⁸² Nonostante la Corte non abbia ancora esplicitamente riconosciuto il valore dei contributi dei *blogger* per il dibattito pubblico (inclusi quelli di *micro-blogger* quali gli utenti di Twitter), un tale passo sarebbe in linea con la posizione espressa dalla Corte nella sentenza *Steal e Morris* (precedentemente citata).

Il risultato di tale sviluppo consiste, da un lato, in una considerevole apertura del concetto di dibattito pubblico. Inoltre, la giurisprudenza della Corte riconosce chiaramente l'importanza cruciale di un dibattito pubblico inclusivo e pluralistico in una società democratica. Dall'altro lato, i pa-

78 Vedi, per esempio: *Guja c. Moldavia*; *Heinisch c. Germania*, *Matúz c. Ungheria*.

79 Raccomandazione CM/Rec(2014)7 sulla protezione dei "*whistleblower*"; Raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa 1916 (2010) e Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa 1729 (2010) sulla protezione dei "*whistleblower*".

80 Vedi inoltre: Austin A. (2012) e, inoltre, Benkler Y. (2011).

81 Domingo D. e Heinonen A. (2008:7). Per un'analisi più approfondita vedi Jakubowicz K. (2009:21).

82 Oosterveld M. ed Oostveen M. (2013).

rametri del pubblico dibattito vengono plasmati da soggetti privati, in particolare da intermediari digitali. La definizione di “nuovi guardiani”, talvolta utilizzata in riferimento ai predetti soggetti, non coglie interamente la complessa rosa di modi in cui essi controllano l’accesso all’informazione, ai dati e alle comunicazioni nell’ambiente digitale contemporaneo. Il loro controllo operativo di *forum* privati che ha scopi informativi e comunicativi quasi pubblici significa che le loro azioni e omissioni possono influenzare il diritto dei singoli alla libertà di parola in modi diversi. La posizione dominante di cui godono vari intermediari quali Google, Facebook, Microsoft, Twitter, ecc. intensifica l’impatto che le attività di tali soggetti possono avere sulla libertà di espressione degli utenti – in meglio così come in peggio. Come il presente capitolo ha già mostrato, rilevanti obblighi per gli Stati potrebbero, in determinate circostanze, essere estesi per coprire le attività dei soggetti privati menzionati, nonostante la loro natura inter- e multinazionale. Una spiegazione dettagliata di tali circostanze va, tuttavia, al di là degli scopi del presente capitolo.

Gli obblighi positivi per gli Stati e il dibattito pubblico

Nella sentenza *Informationsverein Lentia*, la Corte ha affermato che lo Stato è il garante supremo del pluralismo, specialmente nel settore dei media audiovisivi.⁸³ La Corte ha nuovamente enfatizzato la propria giurisprudenza precedente sul “ruolo fondamentale della libertà di parola in una società democratica, in particolare quando, tramite la stampa, serve ad impartire informazioni ed idee di interesse generale, che il pubblico ha diritto a ricevere”.⁸⁴ Ha poi immediatamente aggiunto che:

Un tale impegno non può essere adempiuto con successo se non si basa sul principio del pluralismo, del quale lo Stato è il garante supremo. Tale osservazione vale specialmente in riferimento ai media audiovisivi, i cui programmi vengono spesso trasmessi su scala molto ampia.⁸⁵

È importante sottolineare l’esplicito collegamento fatto dalla Corte tra la libertà di espressione, la società democratica, il pluralismo e “specialmente” i media audiovisivi, “i cui programmi vengono spesso trasmessi su scala molto ampia”. Se il motivo per sottolineare l’importanza dei media audio-

83 *Informationsverein Lentia and others c. Austria*, § 38.

84 *Ibid.*

85 *Ibid.*

visivi consiste nell'ampia diffusione dei loro programmi, lo stesso discorso lo si può fare, *mutatis mutandis*, per internet. La Corte mantiene tuttavia (per ora) un atteggiamento riluttante nell'accogliere e promuovere tale ragionamento, in quanto:

Nonostante lo sviluppo significativo di internet e dei *social media* negli ultimi anni, non vi sono prove a sufficienza per dimostrare un mutamento tale delle rispettive influenze dei nuovi e dei vecchi media da giustificare la necessità di adottare misure speciali per questi ultimi.⁸⁶

Il caso *Informationsverein Lentia* riguardava la minaccia al pluralismo nel settore audiovisivo da parte del monopolio statale sulle trasmissioni. Nella sentenza *Verein gegen Tierfabriken*, la Corte ha posto l'accento sui pericoli per la libertà di espressione e per il pluralismo quando:

gruppi finanziari potenti possono ottenere vantaggi competitivi nell'ambito della pubblicità commerciale e potrebbero esercitare pressioni, ed eventualmente ridurre la libertà di azione, sulle stazioni radio e TV che trasmettono gli spot pubblicitari.⁸⁷

In entrambi i casi, la posizione della Corte è stata chiara: il ruolo riconosciuto alla stampa in una società democratica può essere svolto soltanto in un clima contrassegnato dal pluralismo.

Tutto ciò avvenne anni prima che la Corte si ritenesse pronta a riconoscere le implicazioni degli obblighi positivi che aveva riconosciuto nella sentenza *Informationsverein Lentia*, tuttavia ora ha cominciato a fare ciò, specialmente nelle sentenze *Manole ed altri c. Moldavia*⁸⁸ e *Centro Europa 7 S.r.l e Di Stefano c. Italia*.⁸⁹ Nella sentenza *Manola*, la Corte ha spiegato gli obblighi positivi dello Stato quale garante supremo del pluralismo, il che richiede di:

assicurare, tramite il diritto e in pratica, che il pubblico abbia accesso tramite la televisione e la radio ad un'informazione imparziale ed accurata e ad una serie di opinioni e commenti, i quali riflettono nel complesso la diversità di visioni politiche esistenti all'interno del Paese e che ai giornalisti e agli altri professionisti che operano nel settore mediatico non venga impedito di diffondere tale informazione ed i relativi commenti. Se lo Stato decide di creare un sistema di trasmissioni

86 *Animale Defenders International c. Regno Unito*, § 119.

87 *Vgt Verein gegen Tierfabrik c. Svizzera*, § 73.

88 *Manole et al. C. Moldavia*. Vedi, in particolare, §§ 98 e 107.

89 *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia*.

pubblico, la legge e la pratica devono garantire che il sistema offra un servizio audiovisivo plurale.⁹⁰

Nella sentenza *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano*, la Corte ha osservato che:

in un settore talmente sensibile come quello dei media audiovisivi, lo Stato ha, in aggiunta all'obbligo negativo di non interferire, l'obbligo positivo di mettere in campo una cornice legislativa ed amministrativa adeguata per garantire un pluralismo effettivo.⁹¹

Inoltre, la Corte ha riconosciuto che per assicurare un pluralismo "effettivo" o "vero" nel settore audiovisivo, in una società democratica:

non è sufficiente provvedere all'esistenza di numerosi canali o alla possibilità teorica di accedere al mercato audiovisivo per i potenziali operatori. È inoltre necessario consentire un accesso effettivo al mercato in modo da garantire la diversità dei contenuti dei programmi nel complesso, riflettendo per quanto possibile la varietà di opinioni presenti nella società a cui i programmi sono destinati.⁹²

In altri casi giurisprudenziali che non riguardano i media audiovisivi, la Corte si è mostrata particolarmente sensibile nei confronti della necessità di essere in grado di accedere all'informazione nonché molto diffidente nei confronti del "potere di censura di un monopolio dell'informazione".⁹³ Ciò ha portato la Corte a ritenere, all'interno della sentenza *Társaság a Szabadságjogokért c. Ungheria*, che gli obblighi degli Stati in materia di libertà di stampa includono "l'eliminazione delle barriere all'esercizio delle funzioni della stampa quando, in materie di pubblico interesse, tali barriere esistono solamente a causa di un monopolio dell'informazione detenuto dalle autorità".⁹⁴

Senza mettere in dubbio il potenziale del ruolo dello Stato quale garante supremo del pluralismo in una società democratica, l'obbligo positivo che deriva da tale ruolo non si intende tale da garantire una "libertà di scelta del luogo"⁹⁵ o l'accesso ad un particolare mezzo o servizio.⁹⁶ Nella sentenza *Appleby ed altri c. Regno Unito*, i ricorrenti argomentavano che il cen-

90 *Manole ed altri c. Moldavia*, §§ 107.

91 *Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia*, § 134.

92 *Ibid.*

93 *Társaság a Szabadságjogokért c. Ungheria*, § 36.

94 *Ibid.*

95 *Appleby ed altri c. Regno Unito*, § 47.

96 *Haider c. Austria; United Christian Broadcasters Ltd. c. Regno Unito, Demuth c. Svizzera; VgT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera*.

tro commerciale al quale chiedevano accesso dovrebbe essere considerato uno spazio “quasi-pubblico”, in quanto, di fatto, un forum comunicativo. La Corte ha ritenuto che:

[Art. 10 CEDU] Nonostante l'asserita importanza della libertà di espressione, non sussiste alcuna libertà di scelta del luogo per l'esercizio di tale diritto. Mentre è vero che gli sviluppi demografici, sociali, economici e tecnologici stanno cambiando i modi in cui le persone si muovono e interagiscono tra di loro, la Corte non ritiene che ciò richieda la creazione automatica del diritto di entrare nella proprietà privata o addirittura, necessariamente, a tutta la proprietà pubblica (uffici governativi e ministeri, per esempio). Laddove comunque la negazione dell'accesso alla proprietà ha l'effetto di prevenire un qualsiasi effettivo esercizio della libertà di espressione oppure si possa dire che l'essenza del diritto è andata distrutta, la Corte non escluderebbe la nascita di un obbligo positivo per lo Stato al fine di difendere il godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione, regolando il diritto di proprietà.⁹⁷

La Corte tende invece a sottolineare l'esistenza di altre strade percorribili in alternativa a quella appena negata. Nel determinare le opportunità di espressione alternative nelle circostanze del caso, è importante tenere a mente la sentenza della Corte *Kurshid Mustafa e Tarzibachi*,⁹⁸ nella quale essa correttamente rifiuta l'assunto che i vari media siano funzionalmente equivalenti. I diversi media perseguono fini diversi e vengono usati in maniera diversa dai vari individui e gruppi nella società: non sono necessariamente interscambiabili.⁹⁹ Ciò spiega il motivo per il quale i diversi media sono soggetti a regimi regolatori differenti.¹⁰⁰

Alla luce della sentenza *Kurshid Mustafa e Tarzibachi*, la Corte tende a considerare se il blocco dell'accesso ad un mezzo di stampa o ad un luogo particolare abbia o meno l'effetto di privare qualcuno di una fonte informativa maggiore e, al contempo, della possibilità di rendersi partecipe al dibattito pubblico.¹⁰¹ La Corte non ha quindi accolto il diritto dei ricorrenti alla libertà di espressione nella sentenza *Akdeniz c. Turchia*, dopo che era stato bloccato l'accesso a due siti internet nei quali venivano diffusi in *streaming* brani musicali per violazione del diritto di *copyright*. La ragione consisteva nel fatto che il ricorrente del caso avrebbe potuto “agevolmente

97 *Appleby ed altri c. Regno Unito*, § 47.

98 *Khurshid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*, § 45.

99 Per ulteriori approfondimenti, vedi McGonagle T. (2012: 118–124).

100 Vedi, per quanto riguarda internet, *Węgrzynowski e Smolczewski c. Polonia*.

101 *Akdeniz c. Turchia*.

avere accesso ad una serie di brani musicali tramite numerosi mezzi senza infrangere il diritto al *copyright*".¹⁰² Di nuovo, la disponibilità di modalità di espressione alternative (oppure, nel caso concreto, di alternative praticabili per ottenere informazioni) ricoprì un ruolo centrale nelle considerazioni della Corte. Si trattava di un caso diverso da quello della sentenza *Ahmet Yildirim c. Turchia* in quanto erano coinvolti il *copyright* e contenuti commerciali, in opposizione ai contenuti politici (largamente definiti) e alla possibilità di partecipare al dibattito pubblico. Gli Stati membri godono di un margine di apprezzamento più ampio per i contenuti commerciali rispetto ai contenuti politici.

Nella sezione precedente del presente capitolo, è stato dimostrato che la Corte ha sviluppato la giurisprudenza rilevante *ex art. 8* sul modo in cui gli obblighi positivi degli Stati possano estendersi alla violazione dei diritti umani da parte di soggetti privati, assicurando, al contempo, un livello di effetto orizzontale indiretto per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nell'elaborazione di tale giurisprudenza, la Corte ha adottato un ragionamento simile in riferimento al diritto alla libertà di riunione; ha ritenuto infatti che "la libertà reale ed effettiva di riunirsi pacificamente" non possa:

essere ridotta ad un mero obbligo, per lo Stato, di non interferire: una concezione meramente negativa sarebbe incompatibile con l'oggetto e con l'obiettivo dell'art. 11. Così come l'art. 8, l'art. 11 richiede talvolta che siano intraprese misure positive, anche nella sfera di relazioni tra individui, se necessario ...¹⁰³

Il riconoscimento del fatto che gli obblighi positivi per gli Stati sono talvolta necessari al fine di rendere i diritti effettivi può anche essere desunto dal rispetto del diritto alla libertà di espressione. Obblighi positivi per gli Stati del genere contengono, infatti, sia aspetti sostanziali che procedurali.

La Corte ha accettato, in principio, che possano essere necessarie, da parte degli Stati, misure positive al fine di dare effettività al diritto alla libertà di espressione (come stabilito dagli artt. 8 e 11, inclusa la protezione del diritto nella sfera delle relazioni tra individui¹⁰⁴), ma ha già analizzato gli aspetti pratici del principio. Per esempio, nella sentenza *Özgür Gündem c. Turchia*, – da considerare un punto di partenza –, si legge che "l'impor-

102 *Ibid.*

103 *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Austria*, § 32.

104 *Vedi, ex multis*, *Fuentes Bobo c. Spagna*, § 38.

tanza chiave della libertà di espressione come una delle precondizione per una democrazia funzionante”. La Corte ha affermato che:

Un reale ed effettivo esercizio di questa libertà non dipende meramente dall’obbligo, per lo Stato, di non interferire, bensì richiede anche misure positive di protezione, anche nella sfera delle relazioni tra individui ... Nel determinare l’esistenza o meno di un obbligo positivo, bisogna tenere presente l’equo bilanciamento da mantenere tra l’interesse generale della comunità e l’interesse dell’individuo, e la ricerca dello stesso è uno degli scopi collegati alla Convenzione.¹⁰⁵

Tale riconoscimento corrisponde all’importante affermazione di un principio, seppure la Corte prosegue sostenendo che:

L’estensione di quest’obbligo inevitabilmente varierà, tenendo conto della diversità di situazioni che si vengono a creare negli Stati membri, delle difficoltà che emergono nel governare una società moderna e delle scelte da prendere in termini di priorità e risorse. Inoltre, un obbligo del genere non va interpretato in modo tale da imporre alle autorità un onere impossibile o sproporzionato.¹⁰⁶

Tenendo conto della diversità delle situazioni all’interno del Consiglio d’Europa, gli Stati membri della Corte Europea dei diritti dell’uomo “godono di un ampio margine di apprezzamento nel determinare i passi da compiere per assicurare la compatibilità con la Convenzione”, soggetti ad una teoria pratica ed effettiva.¹⁰⁷

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, la Corte ha ritenuto che, quando le campagne d’informazione dotate di scarsi finanziamenti che puntano ad influenzare il dibattito su argomenti di pubblico interesse si scontrano con le risorse finanziarie ampiamente maggiori di società multinazionali, l’equità richiede che venga cercata un’approssimativa parità d’armi. La Corte ha stabilito che:

Se, tuttavia, uno Stato decide di provvedere ad un rimedio del genere [contro la diffamazione] per una società commerciale, è essenziale, al fine di salvaguardare il relativo interesse alla libertà di espressione e ad un dibattito aperto, che si provveda ad adottare misure di equità procedurale e di parità d’armi.¹⁰⁸

105 *Özgür Gündem c. Turchia*, § 43.

106 *Ibid.* Vedi anche *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera* (n. 2), §§ 81 e 82.

107 *Węgrzynowski e Smolczewski c. Polonia*, § 55.

108 *Steel e Morris c. Regno Unito*, § 95.

Nonostante la Corte non spieghi le implicazioni di tale sentenza, sembra logico che sia lo Stato a dover garantire le misure richieste per assicurare l'equità procedurale e la parità d'armi.

Per riprendere ciò che è stato affermato precedentemente, si può osservare come il riconoscimento, da parte della Corte, degli obblighi positivi nel rispetto del dibattito pubblico è ai primordi e frammentario, ma costante. Il processo di affermazione continuerà ad essere guidato dalla dottrina dello "strumento vivente" e dalla dottrina pratica ed effettiva. Sarà inoltre guidato dal graduale ma crescente apprezzamento della Corte per le specificità dell'ambiente delle comunicazioni digitali.

L'ESPRESSIONE DI OPINIONI E IDEE SENZA TIMORE

Un altro aspetto chiave di un ambiente favorevole per la libertà di espressione e per la partecipazione al dibattito pubblico concerne la possibilità, per tutti, di esprimere le loro opinioni e idee senza timore. Franklin Delano Roosevelt diede prova della propria consapevolezza del legame tra la libertà dal timore e la libertà di espressione nella sua celebre *'Four Freedoms' State of the Union address* del 1941. In quello storico discorso, Roosevelt volse lo sguardo verso "un mondo fondato sulle quattro libertà essenziali dell'uomo": la libertà di parola e di espressione, la libertà di culto, la libertà dal bisogno e la libertà dal timore.¹⁰⁹ Le quattro libertà influenzarono poi in maniera tangibile il Preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il quale influenzò, a sua volta, la redazione della CEDU.

È innegabile che l'esercizio effettivo del diritto alla libertà di espressione debba implicare l'assenza di timore. Laddove è presente il timore, esso può avere un effetto deleterio sul comportamento o sulle espressioni individuali. L'automoderazione o l'autocensura influenzano, come è facile immaginare, negativamente l'effettività con la quale il diritto alla libertà di espressione va esercitato. In questo senso, esiste un collegamento logico tra la libertà dal timore e la libertà di espressione. La Corte ha posto la propria attenzione sulla minaccia alla libertà di parola posta in essere dal timore, prendendo atto del fatto che i manifestanti che temono atti di violenza fisica da parte dei loro oppositori "sarebbero disposti ad evitare che associazioni o altri gruppi che sostengono idee o interessi comuni esprimano le loro

109 Roosevelt F.D. (1941).

posizioni su temi altamente controversi che riguardano la comunità”.¹¹⁰ Il pericolo può quindi condurre anche ad un impoverimento del dibattito pubblico.

Va ricordato che le attitudini pregiudizievoli, discriminatorie e colme di odio verso particolari gruppi della società e l'accumularsi di pratiche istituzionali e sociali che riflettono tali posizioni possono scalfire l'autostima dei membri dei gruppi coinvolti, con conseguente riduzione della loro capacità espressiva.¹¹¹ In un ambiente sociale nel quale prevale la discriminazione, i punti di vista dei membri di determinati gruppi minoritari sono considerati di minor valore all'interno dei processi deliberativi. Tale limitazione può riguardare, come è noto, tra gli altri, donne, appartenenti a minoranze (etniche, religiose, culturali o linguistiche), appartenenti alla comunità LGBT oppure persone con disabilità.

Quando vengono usate da parte di pubblici ufficiali, figure pubbliche e da appartenenti a gruppi sociali dominanti, le diverse tipologie di espressioni possono zittire gli appartenenti alle minoranze con vari livelli di intensità. Gli stereotipi, per esempio, possono “servire a mantenere i rapporti di potere esistenti” e possono essere utilizzati come “meccanismi di controllo”.¹¹² Gli stereotipi (negativi) possono portare al “mancato riconoscimento” e alla “subordinazione sociale”¹¹³, nel senso che ai destinatari viene “negato lo *status* di membro a pieno titolo nell'interazione sociale, come conseguenza di modelli istituzionalizzati di valori culturali che considerano una persona relativamente indegna di rispetto e stima”.¹¹⁴ Nella sentenza *Aksu c. Turchia*, la Corte ha mostrato di condividere tale prospettiva.¹¹⁵ Ha inoltre rivolto la propria attenzione al modo in cui (gli appartenenti alle) minoranze o di gruppi posti ai margini della società sono:

soggetti al pericolo fisico che accompagna il loro *status* di emarginati, includendo non soltanto le brutalità messe in atto dalle forze di pulizia, ma anche la mancanza di protezione da parte delle forze dell'ordine contro gli attacchi privati; inoltre, essi sono soggetti ad una conti-

110 *Plattform “Ärzte für das Leben” c. Austria*, § 32.

111 Vedi in generale: Matsuda M. J. et al. (1993); Delgado R. e Stefancic J. (a cura di) (2000); Delgado R. e Stefancic J. (2004).

112 Timmer A. (2011:715).

113 *Ibid.*

114 *Ibid.*, citando Fraser N. (2000), “Rethinking Recognition” (maggio-giugno 2000) *New Left Review* 107, 113–114.

115 *Aksu c. Turchia*, § 58.

nua stigmatizzazione in modo tale da renderli nemici, alieni, o peggio.¹¹⁶

Anche l'odio verbale può divenire uno strumento di degradazione e subordinazione, non semplicemente in quanto nasce in un clima discriminatorio, bensì, in realtà, in quanto contribuisce alla creazione dello stesso.

Oltre ad essere uno stato emotivo soggettivo causato da stimoli più o meno oggettivi, il timore può anche essere coltivato o plasmato tramite ciò che talvolta viene definita la politica del terrore. Questo tipo di politica punta alla creazione e alla diffusione del timore nella società al fine di tentare di legittimare la promozione di agende politiche particolari (p.es. la sicurezza nazionale), spesso minacciando le garanzie poste dai diritti umani nel corso del procedimento. Conor Gearty puntualizza la questione quando parla di un "super-virus" che sta infettando il movimento internazionale dei diritti dell'uomo.¹¹⁷ Il virus lavora in maniera paragonabile a quella di un troiano standard: è penetrato nel sistema e sta lavorando dall'interno. Come molti virus che colpiscono i computer, è meglio conosciuto con il suo acronimo: GWOT. Questo virus "fa sì che l'idea dei diritti umani si manifesti attraverso gravi violazioni e vergognosi abusi, che non si presentano come incompatibili, ma come necessari per i diritti umani".¹¹⁸ GWOT significa "*Global War on Terror*" (ovvero guerra mondiale contro il terrorismo): la ragione emotiva fornita ripetutamente da parte di molte autorità statali per giustificare il loro smantellamento dell'architettura dei diritti umani nei tempi recenti. L'ostentazione di poteri e pratiche di sorveglianza, il potere di detenere e di interrogare coloro che sono sospettati di attività terroristiche, ecc. sono alcuni esempi di uno smantellamento del genere.

OPINIONI E IDEE CHE OFFENDONO, SCANDALIZZANO O CREANO DISTURBO

L'ultimo elemento del prospettato ambiente favorevole per la libertà di partecipare al dibattito pubblico di cui al paragrafo 137 della sentenza *Dink* concerne la protezione delle opinioni e delle idee contrarie alla corrente di pensiero ufficiale o di *mainstream*. Tale componente è direttamen-

116 Levy J. T. (2000:45).

117 Gearty C. (2004). Per maggiori informazioni relative alle osservazioni di Gearty sui temi citati vedi: Gearty C. (2006).

118 *Ibid.*, al p. 7 della trascrizione della lezione.

te rintracciabile nelle opinioni semifinali nel caso *Handyside*, nonostante, nel paragrafo 137 della *Dink*,¹¹⁹ non si faccia riferimento esplicito a tale caso. Il caso contiene restrizioni al diritto alla libertà di espressione al fine di proteggere la moralità pubblica. La sentenza della Corte ha affermato che la libertà di espressione “non è applicabile soltanto alle ‘informazioni’ o ‘idee’ viste con favore o ritenute inoffensive o oggetto di indifferenza, bensì anche a quelle che offendono, scandalizzano o creano disturbo allo Stato o a qualsiasi parte di popolazione. Si tratta di esigenze di quel pluralismo, quella tolleranza e di quell’apertura mentale senza i quali non esisterebbe alcuna società democratica”.¹²⁰

Tale ampio principio non significa, tuttavia, che la CEDU prevede un diritto ad offendere in quanto tale. Nella sentenza *Otto-Preminger-Institut*, la Corte ritenne che i doveri e le responsabilità che governano l’esercizio del diritto alla libertà di espressione includano (“nell’ambito di opinioni e credenze religiose”) l’obbligo:

di evitare, nella misura del possibile, espressioni che costituiscono offese gratuite nei confronti di qualcun altro e, contemporaneamente, un’alterazione dei loro diritti, e che, di conseguenza, non contribuiscono ad alcuna forma di dibattito pubblico suscettibile di prosecuzione negli ambiti che attengono alla vita umana.¹²¹

Né la giurisprudenza della Corte sostiene un diritto di non essere offesi. Nella stessa sentenza *Otto-Preminger-Institut*, la Corte ha inoltre chiarito che:

Coloro che decidono di esercitare la libertà di manifestare la loro religione, indipendentemente dal fatto che facciano parte di un gruppo religioso maggioritario o minoritario, non possono ragionevolmente aspettarsi di essere esenti da qualsiasi forma di critica. Devono tollerare e accettare il rifiuto dei loro convincimenti religiosi da parte di terzi ed addirittura la diffusione, da parte di altri soggetti, di dottrine ostili al loro credo. ...¹²²

Inoltre, la sentenza *Handyside* riconosce che in una società democratica è necessario creare e sostenere lo spazio necessario per un confronto ed un dibattito pubblico. La società democratica non esiste senza i suoi contorni

119 *Handyside* viene riportato a pag § 123 di *Dink*, dove vengono richiamati i principi generali della Corte in materia di libertà di espressione.

120 *Handyside c. Regno Unito*, § 49.

121 *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, § 49.

122 *Ibid.*, § 47.

più ruvidi ed un dibattito pubblico pluralistico comporta necessariamente momenti di disaccordo e di confronto tra punti di vista opposti. Tale disaccordo e confronto – anche quando vengono espressi con toni forti – di regola sottostanno agli scopi di protezione offerti dall’articolo 10. Ciò in quanto l’art. 10 protegge non solo la sostanza delle informazioni e delle idee, ma anche la forma in cui esse vengono espresse. Il riferimento allo “Stato o a qualsiasi altra fetta di popolazione” nella sentenza *Handyside* rende anche chiaro che la misura di protezione giuridica accordata ai discorsi critici non dovrebbe, di conseguenza, “essere stabilita sulla base dell’ortodossia dominante contestata, altrimenti la protezione della libertà di espressione si ridurrebbe alle idee veicolate dai pregiudizi delle maggioranze dominanti”.¹²³

La questione *de qua* riguarda la necessità di salvaguardare la società democratica da ciò che è stato definito la “tirannia della maggioranza”,¹²⁴ p.es. tendenze e preferenze maggioritarie prive di (sufficienti) controlli, le quali tendono a sopraffare i valori ed interessi delle minoranze. Di nuovo, la Corte ha sottolineato l’importanza di un approccio del genere, evidenziando nella sentenza *Young, James e Webster* che:

nonostante gli interessi individuali debbano occasionalmente essere subordinati a quelli del gruppo, la democrazia non significa semplicemente che i punti di vista della maggioranza debbano sempre prevalere: bisogna raggiungere un giusto equilibrio che assicuri un trattamento equo ed appropriato delle minoranze e che eviti qualsiasi abuso di posizione dominante.¹²⁵

Dal punto di vista morale, la legittimazione di una regola di maggioranza è contingente all’esistenza di meccanismi che consentano la partecipazione effettiva delle minoranze ai procedimenti deliberativi della politica. Soltanto una pratica partecipatoria inclusiva può procurare “la base morale per vincolare ciascuno alla regola infine adottata”.¹²⁶ Tale punto può essere facilmente esteso al processo decisionale ed applicato anche alla legittimazione delle idee in generale per mezzo di un’effettiva partecipazione al dibattito pubblico. La considerazione chiave risiede nel fatto che alle idee vada data l’opportunità “di diffondersi e di entrare nel possesso di una moltitu-

123 Richards D.A.J. (1999:197).

124 Tocqueville A. (de), nella sua opera in due volumi, *Democracy in America* (1835, 1840).

125 *Young, James e Webster c. Regno Unito*, § 63.

126 Schauer F. (1982:42).

dine di soggetti”.¹²⁷ Ciò rileva chiaramente per le informazioni concernenti i gruppi minoritari così come per i loro punti di vista e interessi.

CONCLUSIONI

Lo sviluppo, da parte della Corte, della teoria degli obblighi positivi nella propria giurisprudenza ha già attraversato molteplici fasi. Ciò che la Corte ha raggiunto finora è stato descritto come “apprezzabile”,¹²⁸ ma se la fase post-*Dink* raggiungerà il proprio potenziale, allora il culmine potrebbe essere ancora da raggiungere.¹²⁹ Realizzando tale potenziale, la Corte avrà certamente il proprio da fare. *In primis*, dovrà superare qualsiasi scetticismo ancora esistente sulla validità della propria interpretazione teleologica (o, come sostengono alcuni, attivistica) della Convenzione – la lettura di obblighi positivi impliciti all’interno della Convenzione. *In secundis*, come la Corte stessa già riconosce, le sentenze sono essenzialmente di carattere dichiarativo; spetta agli Stati stabilire i mezzi da impiegare all’interno del proprio ordinamento per ottemperare ai loro obblighi in conformità alla Convenzione. La terza sfida che riguarda la Corte è direttamente collegata alle prime due. Deve fornire una guida per gli Stati illustrando le implicazioni degli obblighi positivi da lei identificati nelle varie situazioni. Nel fare ciò deve agire con cautela al fine di evitare di oltrepassare i limiti del proprio ruolo, avanzando nell’ambito del *policy-making*.

Nonostante tali sfide ed il coraggio e la prudenza richieste per affrontarle, il paragrafo 137 della sentenza *Dink* racchiude in sé un grande potenziale. Grazie alle audaci pronunce della Corte, la teoria degli ‘obblighi positivi’ sembra costituita, quantomeno in relazione all’applicazione nel campo della libertà di espressione. L’obbligo essenziale per gli Stati di assicurare un ambiente favorevole per un dibattito inclusivo e pluralistico conferisce un significato nuovo ad una vasta serie di obblighi positivi identificati dalla Corte di volta in volta in passato dalla giurisprudenza. Il *focus* sull’ambiente favorevole integra gli obblighi positivi che disciplinano i limiti più estremi della libertà di espressione ed un solido pubblico dibattito ne costituisce l’apice. In questo modo, la Corte unisce i due punti e trasmette un significato forte di teoria degli obblighi positivi, più che un raggruppamento di singoli obblighi positivi.

127 Dewey J. (1954:208).

128 Mowbray A. (2004:231).

129 Vedi anche Dickson B. (2010:206, 208).

Conferisce, inoltre, un senso di obiettivo allo sviluppo futuro della teoria nel rispetto della libertà di parola. Se il fine ultimo consiste nell'assicurare un ambiente favorevole per un dibattito pubblico inclusivo e pluralistico, gli obblighi positivi esistenti possono essere ridefiniti con consapevolezza e se ne possono individuare di nuovi alla luce di tale scopo.

Infine, il *focus* sull'ambiente favorevole rafforza l'orientamento procedurale di alcuni obblighi: si tratta di obblighi di mezzi e non necessariamente di risultato. Assicurare un ambiente favorevole è per definizione uno scopo *in itinere*, così come lo è la protezione della libertà di parola. Si tratta di processi gradualisti e lenti. Forse è tale la ragione per la quale la Corte sceglie di non annunciare le proprie decisioni con fervore.

BIBLIOGRAFIA

Libri, capitoli ed articoli

- Austin A. (2012), "Whistleblowers: the new watchdogs?", in Casadevall J. *et al.* (a cura di), *Freedom of Expression: Essays in honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, pp. 421–433.
- Benkler Y. (2011), "A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate", in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 46, pp. 311–397.
- Clapham A. (1993), "The 'Drittwirkung' of the Convention", in St. John Macdonald R. *et al.* (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, pp. 163–206.
- Delgado R. and Stefancic J. (a cura di) (2000), *Critical Race Theory: the cutting edge* (2a ed.), Temple University Press, Filadelfia.
- Delgado R. and Stefancic J. (2004), *Understanding Words That Wound*, Westview Press, Boulder.
- Dewey J. (1954), *The Public and its Problems*, The Swallow Press, Chicago.
- Dickson B. (2010), "Positive obligations and the European Court of Human Rights", in *Northern Ireland Legal Quarterly* 61(3), pp. 203–8.
- Dijk P. (van) (1998), "'Positive Obligations' Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the 'Masters' of the Convention?", in Castermans M. *et al.* (a cura di) (1998), *The Role of the Nation-State in the 21st Century*, Kluwer Law International, L'Aia.
- Domingo D. and Heinonen A. (2008), "Weblogs and Journalism: A Typology to Explore the Blurring Boundaries", in *Nordicom Review* 29–1, pp. 3–15.
- Fenton N. (2010), "NGOs, New Media and the Mainstream News: News from Everywhere", in Fenton N. (ed.) (2010), *New Media, Old News: Journalism & Democracy in the Digital Age*, SAGE Publications, Londra, pp. 153–168.

- Fraser N. (2000), "Rethinking Recognition", in *New Left Review* May-June 2000, p. 107.
- Gearty C. (2006), *Can Human Rights Survive?*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Harris D. J. *et al.* (2014), *Law of the European Convention on Human Rights* (3a ed.), Oxford University Press, Oxford.
- Heaney S. (2004), "Anything can happen", after Horace, Odes I, 34, in S. Heaney, *anything can happen: a poem and essay with translations in support of art for amnesty*, Townhouse, Dublino.
- Krug P. and Price M. E. (2002), "The Enabling Environment for Free and Independent Media: Contribution to Transparent and Accountable Governance", *The USAID Office of Democracy and Governance Occasional Paper Series*, gennaio 2002, Doc. No. PN-ACM-006.
- Lavrysen L. (2013), "The scope of rights and the scope of obligations: Positive obligations", in Brems E. and Gerards J. (a cura di) (2013), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 162–182.
- Levy J. T. (2000), *The Multiculturalism of Fear*, Oxford University Press, Oxford.
- Matsuda M. J. *et al.* (a cura di) (1993), *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Westview Press, Boulder.
- McGonagle T. (2012), "The Council of Europe's standards on access to the media for minorities: A tale of near misses and staggered successes", in Amos M. *et al.* (a cura di) (2012), *Freedom of Expression and the Media*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, pp. 111–140.
- Mowbray A. (2004), *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford.
- Mowbray A. (2005), "The Creativity of the European Court of Human Rights", in *Human Rights Law Review* 5: 1, pp. 57–79.
- Price M. and Krug P. (2007), "The Enabling Environment For Free and Independent Media", in Harvey M. (a cura di), *Media Matters: Perspectives on Advancing Governance & Development from the Global Forum for Media Development*, Internews Europe, Pechino, pp. 94–101.
- Oliver D. and Fedtke J. (a cura di) (2007), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Routledge, Londra e New York.
- Oosterveld M. and Oostveen M. (2013), "Van public watchdog naar public watchblog: het EHRM en journalistieke weblogs", in *Mediaforum* 2013–6, pp. 146–153.
- Richards D. A. J. (1999), *Free Speech and the Politics of Identity*, Oxford University Press, New York.
- Schauer F. (1982), *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Schudson M. (2013), "Reluctant Stewards: Journalism in a Democratic Society", *Daedalus* 142(2) (Spring 2013), pp. 159–176.

- Spielmann D. (2007), "The European Convention on Human Rights The European Court of Human Rights", in Oliver D. and Fedtke J. (a cura di) (2007), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Routledge, London and New York.
- Teitgen P.-H. (1993), "Introduction to the European Convention on Human Rights", in St. John Macdonald R. *et al.* (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, pp. 3–14.
- Timmer A. (2011), "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", in *Human Rights Law Review* 11:4, pp. 707–738.

Saggi, report e studi

- Jakubowicz K. (2009), *A new notion of media? Media and media-like content and activities on new communications services*, Consiglio d'Europa, Strasburgo.
- Leach P. (2013), "The principles which can be drawn from the case-law of the European Court of Human Rights relating to the protection and safety of journalists and journalism", MCM(2013)012 [CDMSI(2013)Misc3], disponibile su [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Belgrade2013/MCM\(2013\)012_en_Leach_ProtectionofJournalists.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Belgrade2013/MCM(2013)012_en_Leach_ProtectionofJournalists.pdf), consultato il 22 luglio 2015.
- McGonagle T. (2013), *How to address current threats to journalism? The role of the Council of Europe in protecting journalists and other media actors*, Expert paper, Doc. No. MCM 2013(009), the Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and Information Society, 'Freedom of Expression and Democracy in the Digital Age: Opportunities, Rights, Responsibilities', Belgrado, 7–8 novembre 2013, pp. 22–27.
- Tramer M. (2012), *Discussion paper on possible modifications of the 'public watchdog' term in the new media environment*, Doc. No. CDMSI (2012)Misc1Rev, 30 gennaio 2012.

Discorsi e conferenze

- Gearty C. (2004), *Is the idea of human rights now doing more harm than good?*, Lecture at the Centre for the Study of Human Rights, London School of Economics, Londra, 12 ottobre 2004.
- Roosevelt F. D. (1941), *The Four Freedoms*, State of the Union Message, 6 gennaio 1941.

Corte europea dei diritti dell'uomo: giurisprudenza

- Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Regno Unito*, 28 maggio 1985, Serie A n. 94.
- Abmet Yildırım c. Turchia*, Ricorso n. 3111/10, Corte EDU 2012.
- Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, Serie A n. 32.
- Akdeniz c. Turchia* (dec.), Ricorso n. 20877/10, 11 marzo 2014.
- Aksu c. Turchia* [GC], Nn. 4149/04 e 41029/04, Corte EDU 2012.
- Animal Defenders International c. Regno Unito* [GC], Ricorso n. 48876/08, 22 aprile 2013.
- Appleby ed altri c. Regno Unito*, Ricorso n. 44306/98, Corte EDU 2003-VI.
- Barthold c. Germania*, 25 marzo 1985, Serie A n. 90.
- Belgian Linguistic case*: “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merito), 23 luglio 1968, Serie A n. 6.
- Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia* [GC], Ricorso n. 38433/09, Corte EDU 2012.
- Demuth c. Svizzera*, Ricorso n. 38743/97, Corte EDU 2002-IX.
- Dink c. Turchia*, Nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, 14 settembre 2010.
- Enukidze e Girgvliani c. Georgia*, Ricorso n. 25091/07, 26 aprile 2011.
- Fatullayev c. Azerbaijan*, Ricorso n. 40984/07, 22 aprile 2010.
- Fuentes Bobo c. Spagna*, Ricorso n. 39293/98, 29 febbraio 2000.
- Gongadze c. Ucraina*, Ricorso n. 34056/02, Corte EDU 2005-XI.
- Goodwin c. Regno Unito*, 27 marzo 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-II.
- Guja c. Moldavia* [GC], Ricorso n. 14277/04, Corte EDU 2008.
- Haider c. Austria*, Ricorso n. 25060/94, 18 ottobre 1995.
- Handyside c. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, Serie A, n. 24.
- Heinisch c. Germania*, Ricorso n. 28274/08, Corte EDU 2011 (estratti).
- Izci c. Turchia*, Ricorso n. 42606/05, 23 luglio 2013.
- Informationsverein Lentia ed altri c. Austria*, 24 novembre 1993, Series A n. 276.
- Khurshid Mustafa e Tarzibachi c. Svezia*, Ricorso n. 23883/06, 16 dicembre 2008.
- Kenedi c. Ungheria*, Ricorso n. 31475/05, 26 maggio 2009.
- Kilic c. Turchia*, Ricorso n. 22492/93, Corte EDU 2000 III.
- Makaratzis c. Grecia* [GC], Ricorso n. 50385/99, Corte EDU 2004-XI.
- Manole ed altri c. Moldavia*, Ricorso n. 13936/02, Corte EDU 2009.
- Marckx c. Belgio*, 13 June 1979, Serie A n. 31.
- Matuz c. Ungheria*, Ricorso n. 73571/10, 21 ottobre 2014.
- Nachova ed altri c. Bulgaria* [GC], Nn. 43577/98 e 43579/98, Corte EDU 2005-VII.
- Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III.

- Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 settembre 1994, Serie A n. 295-A.
Özgür Gundem c. Turchia, Ricorso n. 23144/93, Corte EDU 2000-III.
Plattform "Ärzte für das Leben" c. Austria, 21 giugno 1988, Serie A n. 139.
Rees c. Regno Unito, 17 ottobre 1986, Serie A n. 106.
Silver ed altri c. Regno Unito, 25 marzo 1983, Serie A n. 61.
Steel e Morris c. Regno Unito, Ricorso n. 68416/01, Corte EDU 2005-II.
Tarsasag a Szabadságjogokért c. Ungheria, Ricorso n. 37374/05, 14 aprile 2009.
The Sunday Times c. Regno Unito (n. 1), 26 aprile 1979, Serie A n. 30.
United Christian Broadcasters Ltd. c. Regno Unito (dec.), Ricorso n. 44802/98, 7 novembre 2000.
VgT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera (n. 1), Ricorso n. 24699/94, Corte EDU 2001-VI.
VgT Verein gegen Tierfabriken c. Svizzera (n. 2) [GC], Ricorso n. 32772/02, Corte EDU 2009.
Vides Aizsardzības Klubs c. Lettonia, Ricorso n. 57829/00, 27 maggio 2004.
Von Hannover c. Germania (n. 2) [GC], Nos. 40660/08 e 60641/08, Corte EDU 2012.
Węgrzynowski e Smolczewski c. Polonia, Ricorso n. 33846/07, 16 luglio 2013.
X. and Y. c. Paesi Bassi, 26 marzo 1985, Serie A n. 91.
Young, James e Webster c. Regno Unito, 13 agosto 1981, Serie A, n. 44.
Youth Initiative for Human Rights c. Serbia, Ricorso n. 48135/06, 25 giugno 2013.

Atti del Consiglio d'Europa

Comitato dei Ministri

Raccomandazione CM/Rec(2014)7 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla protezione dei *whistleblower*, 30 aprile 2014.

Assemblea parlamentare

Raccomandazione 1916 (2010), Protezione dei *'whistleblower'*, 29 aprile 2010.
Risoluzione 1729 (2010), Protezione dei *'whistleblower'*, 29 aprile 2010.

