

## La Divisione della ricerca della Corte Edu: teoria, metodo, pratica

di *Stefano Piedimonte Bodini*

Il presente contributo esplora l'uso che la Corte europea dei diritti dell'uomo fa del metodo comparativo quando interpreta la Cedu in maniera "evolutiva" o "autonoma". Dopo averne brevemente spiegato la teoria e le critiche della dottrina, si sofferma sul ruolo della «Divisione ricerca» della Corte e sulla metodologia da essa applicata nell'elaborazione delle ricerche di diritto comparato sulle quali si basa la Corte.

### 1. Introduzione

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) è stata redatta in termini relativamente vaghi e, soprattutto, è stata redatta quasi 70 anni fa.

Nel 1950, i redattori della Convenzione non avrebbero mai immaginato che, con un telefono senza filo di dieci centimetri, si sarebbe potuto filmare chiunque per strada, nell'autobus o sott'acqua e, nel giro di pochi secondi, mettere il filmato a disposizione di miliardi di esseri umani localizzando le persone filmate via satellite. All'epoca, era impensabile che due uomini potessero sposarsi tra di loro e diventare legalmente genitori di un figlio partorito a pagamento da una "madre portante". Nel 1950, si pensava ancora che il fumo facesse bene alla salute e i redattori dell'art. 3 della Convenzione, che proibisce la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, di certo non pensavano che uno Stato contraente sarebbe stato condannato a Strasburgo, sulla base di questa disposizione, per aver messo un detenuto non fumatore in cella con dei fumatori... O che lo stesso art. 3 avrebbe impedito a uno Stato sovrano di respingere centinaia di migliaia di stranieri intenti a varcare illegalmente i propri confini.

Nel 1950, la popolazione mondiale era di 2,5 miliardi di esseri umani. Oggi è di 7,5 miliardi. Nel 2050, a 100 anni dalla stesura della Convenzione, su questa terra ci saranno 9,5 miliardi di persone (un aumento del 380%). Gran parte di queste persone vorrà venire a vivere in Europa per beneficiare, *in*

*primis*, dei diritti garantiti dalla Cedu, conservando però usi, tradizioni e idee non necessariamente compatibili con questi diritti. Il mondo di oggi è, quindi, molto diverso da quello del 1950 e le sfide che deve e dovrà affrontare l'Europa, se vuole preservare il suo modello di protezione dei diritti fondamentali, sono molteplici.

Che le disposizioni relativamente vaghe della Convenzione dovessero, quindi, essere interpretate in modo dinamico, seguendo l'evolversi della società, e non staticamente, in base al modello di società del 1950, apparve presto come un'evidenza.

Nel 1978, la Corte si pronunciò sul caso di Anthony M. Tyrer, un ragazzo di 15 anni residente sull'Isola di Man, il quale, per essersi reso colpevole di un'aggressione su di un compagno di scuola, era stato condannato a tre colpi di verga («*three strokes of the birch*»). Il giorno stesso, al posto di polizia locale, al Signor Tyrer era stato intimato di calarsi i pantaloni e piegarsi su un tavolo. Un poliziotto gli aveva quindi amministrato la sanzione, mentre altri due gli impedivano di muoversi. Davanti alla Corte, Tyrer sosteneva che le punizioni fisiche previste dalla legge applicabile nell'Isola di Man erano incompatibili con l'art. 3 della Convenzione. Il Governo britannico sosteneva il contrario, sottolineando come questo tipo di sanzione fosse radicato nella cultura locale e apprezzato dalla popolazione. Per affrancare il proprio ragionamento dalle tradizioni giuridiche e dal contesto locali, la Corte stabilì che la Convenzione era «uno strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni attuali»

e che essa non poteva non essere influenzata «dagli sviluppi e dagli *standard* comunemente ammessi nella politica penale degli Stati membri del Consiglio d'Europa»<sup>1</sup>.

Per l'interpretazione dell'art. 3 Cedu in quel caso specifico, la Corte adottò quindi il metodo detto *evolutivo* («strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni attuali»), di cui il metodo o esercizio *comparativo* («sviluppi e standard comunemente ammessi (...) negli Stati membri del Consiglio d'Europa») è lo strumento inerente<sup>2</sup>.

Come vedremo, il metodo comparativo svolge un ruolo notevole nell'elaborazione della giurisprudenza della Corte (si veda il successivo paragrafo). Da un lato, questo approccio è stato dettato dalla rapida evoluzione della società europea; dall'altro, è stato reso possibile, e forse anche incoraggiato, dal lavoro della «Divisione ricerca» della Corte (di cui si parlerà nel par. 3), la cui funzione di supporto sia «scientifico» che operativo è cresciuta negli anni sino a diventare oggi centrale.

## 2. Il ruolo del metodo comparativo nell'elaborazione della giurisprudenza della Corte

### 2.1. Necessità del metodo comparativo

I termini relativamente vaghi in cui sono state redatte le disposizioni sostanziali della Convenzione, combinati con il monopolio interpretativo che l'art. 32 Cedu attribuisce alla Corte, lasciano un amplissimo margine di discrezione ai giudici di Strasburgo, i quali, come sottolineano alcuni autori, svolgono un vero e proprio ruolo «attivo» di «legislatori»<sup>3</sup>. Questo ruolo non poteva, ovviamente, essere esercitato in maniera arbitraria, in una sorta di vuoto ermeneutico, altrimenti il sistema Cedu si sarebbe trovato in contraddizione con il principio alla base dello Stato di diritto, che è precisamente quello di limitare il margine di discrezionalità del *potere*, compreso il potere giudiziario<sup>4</sup>.

In assenza di disposizioni esplicite della Convenzione, è stata la Corte ad aver empiricamente stabilito il metodo o, piuttosto, i metodi di interpretazione ad essa applicabili.

Secondo l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati internazionali del 1969<sup>5</sup>, la regola generale d'interpretazione di tali trattati prevede che un trattato debba «essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo». Per determinare il contesto del trattato, l'art. 31 prevede che si guardi, oltre al preambolo e agli eventuali allegati, anche agli accordi, strumenti e pratiche intervenuti tra le parti. L'art. 32 della stessa Convenzione prevede, come «mezzi complementari di interpretazione», i «lavori preparatori» e le «circostanze nelle quali il trattato è stato concluso». Si tratta di un metodo di interpretazione che si può definire *oggettivo/originario*, basato sia sulla lettera delle norme previste dal trattato, sia sulla volontà originale degli Stati contraenti.

Malgrado il fatto che la Convenzione di Vienna non fosse ancora entrata in vigore, le regole di interpretazione previste dagli artt. 31-33 furono esplicitamente adottate dalla Corte di Strasburgo in una celebre sentenza del 1975, *Golder c. Regno Unito*<sup>6</sup>, a proposito dell'interpretazione dell'art. 6 Cedu («Diritto a un equo processo»).

Questo metodo di interpretazione, perfettamente adatto all'interpretazione di trattati commerciali o militari che regolano questioni ad alto contenuto tecnico tra Stati assolutamente sovrani, trova i suoi limiti quando si tratta di interpretare un trattato regionale di protezione dei diritti umani, cioè un trattato il cui scopo è garantire la protezione dell'individuo contro eventuali abusi commessi proprio dallo Stato e che, di conseguenza, ne limita la sovranità<sup>7</sup>.

La Corte ha, quindi, sviluppato *motu proprio* un altro metodo di interpretazione, detto «autonomo» («*autonomous interpretation*»)<sup>8</sup>, in applicazione del quale essa ha attribuito a determinate nozioni un

1. *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, 25 aprile 1978, serie A, n. 26, par. 31.

2. M. Ambrus, *Comparative law method in the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the light of the rule of law*, in *Erasmus law review*, vol. 2, n. 3/2009, p. 359.

3. P. Mahoney, *The comparative method in judgements of the European Court of Human Rights: reference back to national law*, in G. Canivet - M. Andenas - D. Fairgrieve (a cura di), *Comparative law before the courts*, pubblicazione a cura del «British Institute of International and Comparative Law» (BIICL), Londra, 2004, p. 136.

4. M. Ambrus, *Comparative law method*, op. cit., p. 354.

5. [www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19690099/201502240000/0.111.pdf](http://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19690099/201502240000/0.111.pdf).

6. *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70, 21 febbraio 1975, serie A, n. 18, par. 29 e 30.

7. Si veda E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff, L'Aia, 2001, p. 393.

8. *Id.*, p. 394.

significato “convenzionale” («*within the meaning of the Convention*», «*au sens de la Convention*») che non corrisponde necessariamente a quello attribuito alle stesse nozioni negli Stati contraenti. Questo approccio, che in qualche modo si affranca dalla volontà originale degli Stati contraenti (distinguendosi, così, dal metodo oggettivo/orinario), si è reso necessario per evitare che una diversa classificazione, da Stato a Stato, di medesimi concetti regolati dalla Cedu producesse un’applicazione a geometria variabile della protezione offerta dalla Convenzione stessa, a seconda delle giurisdizioni. La necessità di un’interpretazione autonoma fu delineata dalla Corte nella sentenza *Engel c. Paesi Bassi*<sup>9</sup>, dove si trattava di decidere se un procedimento a carico di alcuni militari, che il diritto interno qualificava come disciplinare, presentava elementi di diritto penale che lo facessero entrare nell’ambito di applicazione dell’art. 6 Cedu. La Corte stabilì che la nozione di «accusa penale», prevista dalla lettera dell’art. 6, era una nozione autonoma<sup>10</sup> della Convenzione. Lo stesso ragionamento fu seguito per altre nozioni, come, per esempio, quella di «diritti e doveri di carattere civile»<sup>11</sup>, «autorità e indipendenza del potere giudiziario»<sup>12</sup> o quella di «funzione pubblica», che fu delineata nel caso *Pellegrin c. Francia*<sup>13</sup>.

Il caso *Pellegrin* sollevava la questione dell’applicabilità dell’art. 6, par. 1, al contenzioso tra i dipendenti pubblici e le loro amministrazioni. La Corte, seguendo un approccio comparativo basato sull’esame delle legislazioni pertinenti degli Stati membri, nonché dei testi comunitari applicabili e della giurisprudenza dell’allora Corte di giustizia delle Comunità europee (Cgce), dopo aver esplicitamente sottolineato la necessità di dare un senso convenzionale (autonomo) alla nozione di funzione pubblica per garantire che dipendenti pubblici e privati con funzioni equivalenti beneficiassero di un’uguale protezione dei loro diritti convenzionali, stabilì un criterio di applicabilità funzionale, basato sulla natura dei doveri e delle funzioni del dipendente pubblico.

Il metodo comparativo viene, quindi, ad affiancare il metodo autonomo e, come nel caso *Pellegrin*, ne diventa persino lo strumento.

Lo scopo dell’esercizio comparativo è la ricerca del cosiddetto “*consensus*”<sup>14</sup>, in particolare il “*consensus europeo*”. Più ci sarà convergenza nelle legislazioni, nelle giurisprudenze e nelle pratiche amministrative dei 47 Stati membri del Consiglio d’Europa sul modo di regolamentare una data situazione nell’ambito della Convenzione, meno sarà ampio il loro margine di apprezzamento nell’applicazione della Convenzione a quella data situazione. Meno ci sarà *consensus*, più ampio sarà il margine di apprezzamento<sup>15</sup>.

È difficile tracciare una tipologia precisa dei casi che richiedono l’applicazione del metodo comparativo. Questo avviene, in genere, laddove il caso in esame sollevi questioni sulle quali l’evoluzione della società – in termini etici, economici, sociali, scientifici, tecnologici o, magari, di costume – necessita un adattamento o una chiarificazione della giurisprudenza della Corte Edu. La lista di sentenze che evidenziano l’uso del metodo comparativo da parte della Corte è molto lunga. Per avere un’idea di come questo avviene in pratica, basterà guardare ad alcune sentenze emblematiche.

Nel caso *Lautsi c. Italia*, una madre e i suoi due figli contestavano la presenza del crocifisso nelle aule della scuola pubblica dove avevano studiato i ragazzi, considerando che quella presenza avesse violato il loro diritto all’istruzione (art. 2 Protocollo n. 1) e il loro diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9 Cedu). In un primo tempo, una camera di sette giudici della seconda sezione riconobbe, all’unanimità, la violazione dell’art. 2 del Protocollo n. 1, combinato con l’art. 9 della Convenzione. Il Governo italiano chiese immediatamente il rinvio dinnanzi alla Grande Camera, che fu accolto. La Grande Camera rovesciò la sentenza con una larghissima maggioranza (15 a 2). Da un esame dettagliato della situazione negli Stati membri del Consiglio d’Europa risultava, infatti, che solo tre Stati proibivano l’esposizione di simboli re-

9. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricc. nn. 5100/71 e altri 4, 8 giugno 1976, parr. 82 e 83, serie A, n. 22, parr. 82 e 83.

10. Per un’analisi delle “nozioni” autonome e, in particolare, della differenza tra “autonomia organica” e “autonomia sostanziale”, si veda F. Sudre, *Le recours aux notions autonomes*, in *Id.* (a cura di), *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 99.

11. *König c. Germania*, 28 giugno 1978, ric. n. 6232/73, serie A, n. 27, par. 88.

12. *The Sunday Times c. Regno Unito* (n. 1), ric. n. 6538/74, 26 aprile 1979, serie A, n. 30, par. 55.

13. *Pellegrin c. Francia* [GC], ric. n. 28541/95, 8 dicembre 1999, parr. 59-67.

14. Sia in termini di diritto internazionale che di diritto nazionale.

15. La letteratura su metodo comparativo, *consensus europeo* e margine di apprezzamento è abbondante. Per un’analisi recente, si veda F. Elens-Passos, *Le consensus européen est-il tendance ?*, in G. Raimondi – I. Motoc – P. Pastor Vilanova – C. Morte Gómez (a cura di), *Human rights in a global world. Essays in honour of Judge Luis López Guerra*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2018, pp. 5-19.

ligiosi nelle scuole pubbliche. La Grande Camera ne concluse che, in assenza di *consensus* europeo sulla questione, la presenza di simboli religiosi nelle scuole pubbliche rientrava nel margine d'apprezzamento degli Stati e l'Italia poteva, quindi, regolamentare la questione in base ai propri canoni culturali e identitari. Se si paragona questa soluzione con quella adottata dalla Corte in *Tyrer c. Regno Unito*, a proposito delle punizioni fisiche, il meccanismo del *consensus* e del margine di apprezzamento è evidente. In *Tyrer*, la convergenza degli "standard" negli Stati membri del Consiglio d'Europa (anche se fu menzionata in modo sommario) restringeva il margine di apprezzamento rendendo inoperanti le tradizioni e la cultura locale. In *Lautsi*, la divergenza degli standard lasciava ampio spazio a questi fattori. Si noterà che l'approccio comparativo fu da subito l'elemento cruciale della procedura dinnanzi alla Grande Camera. Nelle sue osservazioni difensive, il Governo italiano, che era sostenuto dai Governi di altri dieci Stati contraenti<sup>16</sup> e da 33 membri del Parlamento europeo, aveva espressamente lamentato il fatto che la camera che aveva pronunciato la prima sentenza non avesse tenuto minimamente conto di elementi di diritto comparato per determinare il margine di apprezzamento. L'analisi comparata della grande varietà di tradizioni in Europa fu brillantemente esposta anche dal professor Joseph Weiler, che rappresentava i Governi di Bulgaria, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, Russia e San Marino<sup>17</sup>. Per l'aneddoto, all'udienza del 30 giugno 2010, tenutasi a Strasburgo – Alsazia, l'unica parte del territorio francese (con il Dipartimento della Mosella) a non essere sottoposta al principio costituzionale di *laïcité*, ma a un regime concordatario ereditato dal Secondo Impero tedesco –, Weiler difese la presenza del crocifisso nelle scuole italiane portando una kippah sulla testa.

Come si vede, il metodo comparativo costruisce un «ponte a due sensi» («*a two way bridge*»<sup>18</sup>) tra il diritto internazionale e il diritto nazionale: in un senso, transita l'obbligazione internazionale, per gli Stati contraenti, di porre il loro ordinamento interno in conformità con gli *standard* comuni riconosciuti dalla Convenzione; in senso opposto, transita l'ispirazione di quegli *standard* comuni, che trova le sue fonti proprio negli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti. In realtà, si dovrebbe parlare di «ponte a

*tre sensi*», perché la Corte Edu non trova solo l'ispirazione dal *consensus* europeo, ma anche dal diritto internazionale – che la Corte, a sua volta, contribuisce a formare.

In una sentenza di pochi mesi fa, *Naït-Liman c. Svizzera*<sup>19</sup>, la Corte si è servita quasi esclusivamente dell'analisi comparativa di vari strumenti di diritto internazionale e degli ordinamenti di 39 Stati membri del Consiglio d'Europa, più il Canada e gli Stati Uniti, per concludere che nessuna norma di diritto internazionale, convenzionale o consuetudinario, obbligasse le giurisdizioni civili svizzere a dichiararsi competenti in base al principio di "competenza universale" o a quello del "foro di necessità" per i casi di tortura commessi in Stati terzi. Il ricorrente, un cittadino tunisino naturalizzato svizzero, aveva intentato una causa civile in Svizzera contro la Tunisia per atti di tortura che diceva di aver subito in quel Paese. Il Tribunale federale svizzero aveva rifiutato di riconoscere la competenza delle giurisdizioni svizzere. In assenza di una norma internazionale in tal senso, la Corte ha concluso che il rifiuto delle giurisdizioni svizzere di dichiararsi competenti non violava il «diritto di accesso a un tribunale», una delle componenti del diritto a un equo processo sancito dall'art. 6 della Convenzione. Questa sentenza ha una portata notevole perché indica che, da fonti di diritto nazionale, la Corte può dedurre l'esistenza o meno di una norma di diritto internazionale consuetudinario.

Un altro caso recente, che vale la pena di essere esaminato, è *Bărbulescu c. Romania*<sup>20</sup>. Il ricorrente era stato licenziato per aver utilizzato, a fini privati, e durante l'orario di lavoro, l'*account* «*yahoo messenger*» dell'azienda nella quale lavorava, contravvenendo al regolamento interno dell'azienda. Il caso sollevava la questione dell'obbligazione positiva dello Stato di proteggere la vita privata del ricorrente. Basandosi sulle caratteristiche specifiche delle relazioni di lavoro e su di un'analisi comparativa delle legislazioni di 34 Stati contraenti, che delineava l'assenza di *consensus* europeo sulla regolamentazione della sorveglianza della corrispondenza dei dipendenti da parte dei datori di lavoro, la Corte ha ritenuto che la Romania beneficiava di un ampio margine di apprezzamento («*une marge d'appréciation étendue*»). Malgrado questa constatazione, la Corte ha però considerato che le autorità romene non avevano preso in

16. Armenia, Bulgaria, Cipro, Grecia, Lituania, Malta, Monaco, Romania, Russia e San Marino.

17. «*Oral submission by Professor JHH Weiler*».

18. P. Mahoney, *The comparative method*, op. cit., p. 135.

19. *Naït-Liman c. Svizzera* [GC], ric. n. 51357/07, 15 marzo 2018.

20. *Bărbulescu c. Romania* [GC], ric. n. 61496/08, 5 settembre 2017 (estratti).

considerazione gli interessi dell'una e dell'altra parte con sufficiente equilibrio e ha concluso riconoscendo (11 voti a 6) la violazione dell'art. 8 («Diritto al rispetto della vita privata e familiare»). Si noterà che, nella loro opinione dissenziente comune, i sei giudici della minoranza hanno criticato la scelta della maggioranza mettendo in risalto come questa si scontrasse con l'assenza di *consensus* europeo, e il conseguente ampio margine di apprezzamento, che la stessa maggioranza aveva riconosciuto.

Se le critiche espresse dai giudici dissenzienti nel caso *Bărbulescu* sono da leggersi nel contesto di quel caso specifico, dubbi di carattere più generale sull'uso del metodo comparativo da parte della Corte Edu sono stati espressi da una parte della dottrina.

## 2.2. Alcune critiche della dottrina sull'uso del metodo comparativo

Le critiche sull'uso del metodo comparativo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo riguardano sia l'opportunità della scelta di tale metodo, sia la maniera in cui la Corte lo mette in pratica.

Secondo alcuni autori<sup>21</sup>, il metodo autonomo e il metodo comparativo sarebbero in contraddizione l'uno con l'altro, in quanto il primo rifletterebbe il principio in base al quale il sistema della Convenzione consacrerrebbe un ordinamento giuridico distinto dagli ordinamenti giuridici degli Stati contraenti, mentre il metodo comparativo troverebbe le sue fonti proprio in quegli ordinamenti giuridici. Si potrebbe anche sostenere che il metodo comparativo è in contraddizione con il metodo oggettivo/originario basato sulla Convenzione di Vienna, in quanto il metodo comparativo guarda alla volontà degli Stati contraenti al momento in cui la Corte esamina un dato ricorso, mentre il metodo oggettivo/originario vorrebbe che si guardasse alla volontà degli Stati contraenti al momento della redazione della Convenzione.

Per quanto riguarda una presunta contraddizione tra il metodo autonomo e il metodo comparativo, si deve tener presente che il sistema Cedu, come si sa, è basato sul principio di sussidiarietà<sup>22</sup>, secondo il quale sono in primo luogo le giurisdizioni degli Stati contraenti a dover applicare la Convenzione nella loro pratica quotidiana, dando così vita allo spazio giuri-

dico comune voluto dai suoi redattori. Il ruolo della Corte, quale interprete e guardiano ultimo del sistema convenzionale, interviene unicamente a fronte di un errore del giudice nazionale, che il meccanismo di ricorsi interni, perno del principio di sussidiarietà, non ha permesso di correggere. Ora, l'esistenza di nozioni convenzionali autonome, destinate a garantire uguale protezione nello spazio giuridico comune, non è affatto in contraddizione con il principio di sussidiarietà, perché, se è vero che è la Corte a delineare tali nozioni, sarà *in primis* proprio il giudice nazionale a doverle applicare.

Anche l'idea secondo la quale il metodo comparativo sarebbe in contraddizione con il metodo oggettivo/originario basato sulla Convenzione di Vienna non convince. Da un lato, è la Convenzione di Vienna stessa a prevedere, in parte, un approccio comparativo. L'art. 31, par. 3, lett. (c), precisa infatti che «ai fini dell'interpretazione di un trattato», oltre al contesto, «verrà tenuto conto di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni tra le parti». Dall'altro, non bisogna dimenticare che i «lavori preparatori» della Convenzione facevano ampio riferimento alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, che figura, peraltro, esplicitamente nel preambolo della Convenzione, così come alle tradizioni e ai sistemi giuridici degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Pertanto, si può affermare che il metodo comparativo è oggettivamente iscritto nella genesi della Convenzione<sup>23</sup> e rispecchia una precisa volontà originale degli Stati contraenti.

Le critiche sulla maniera in cui la Corte Edu mette in pratica il metodo comparativo sono, invece, meno facilmente dissipabili.

Alcuni autori, e a volte gli stessi giudici della Corte (come si è visto nel caso *Bărbulescu*), considerano che la Corte applica il metodo comparativo in modo incoerente, sia perché non lo applica a tutti i casi appartenenti a una stessa tipologia<sup>24</sup> sia perché lo applica con diversa profondità di analisi, sia perché non trae dall'esistenza o meno del *consensus* e dall'ampiezza del margine di apprezzamento le stesse conclusioni<sup>25</sup>. Queste critiche non sono necessariamente infondate, ma potrebbero essere emesse in uguale misura per quanto riguarda l'uso del metodo autonomo o del

21. M. Ambrus, *Comparative law method*, op. cit., p. 359.

22. Si veda, ex multis, P. Harvey, *The principle of subsidiarity: a more positive approach*, in *Human rights law journal* (HRLJ), vol. 36, nn. 7-12/2016, pp. 335-339.

23. M. Enrich-Mas, *Le droit comparé dans la cohérence interne du système de la Convention européenne des droits de l'homme*, in L. Berg - M. Enrich-Mas - P. Kempees (a cura di), *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Liber amicorum Vincent Berger*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2013, pp. 151-166.

24. Si veda, ex multis, M. Ambrus, *Comparative law method*, op. cit., pp. 362-370.

25. K. Dzehtsiarou e V. Lukashevich, *Informed decision-making: the comparative endeavours of the Strasbourg Court*, in *Netherlands*

metodo oggettivo/originario. La variabilità della geometria delle decisioni della Corte, come di qualsiasi giurisdizione, dipende infatti da una miriade di fattori, che possono mutare da caso a caso e di cui l'*in-time conviction* di ogni singolo giudice non è il meno influente.

Spesso, la dottrina s'interroga anche sulla qualità delle informazioni che la Corte usa nell'esercizio comparativo e sulla metodologia applicata per la loro elaborazione<sup>26</sup>. Sarà, perciò, opportuno spiegare in che modo queste informazioni vengono elaborate e trasmesse alla Corte dalla sua Divisione della ricerca.

### 3. La «Divisione ricerca» della Corte

#### 3.1. Collocazione e struttura

La Divisione della ricerca (o «Divisione ricerca») è una struttura *sui generis* della Cancelleria della Corte Edu. Per capirne la collocazione è necessario ricordare brevemente come funzionano la Corte e la sua Cancelleria.

La Corte è suddivisa in cinque sezioni, più una sezione detta «di filtraggio» (*filtering/filtrage*). Non si tratta di formazioni giudiziarie, ma di strutture amministrative. Alle cinque sezioni è assegnato un numero variabile di giudici (da nove a undici), che siedono in formazioni giudiziarie composte in funzione del tipo di caso in esame: una camera di sette giudici per i casi complessi, che richiedono un'analisi approfondita sul merito, o un comitato di tre giudici per i casi su cui esiste una giurisprudenza consolidata (*well-established case-law/jurisprudence bien-établie*). I giudici appartenenti a una sezione possono anche sedere in qualità di giudice unico, per disporre dei casi manifestamente inammissibili. I giudici sono assegnati alle cinque sezioni cercando di mantenere un equilibrio in termini geografici, di tradizione giuridica e di genere. Ciascuna delle cinque sezioni è presieduta da un giudice al quale è affiancato un cancelliere di sezione, che ha l'autorità sul personale della Cancelleria addetto a quella sezione. Il personale della Cancelleria addetto a ogni sezione è ripartito in divisioni, generalmente organizzate per nazionalità: i giuristi ungheresi faranno parte della divisione che tratta i ricorsi ungheresi, quelli francesi della divisione francese, etc. Per gli Stati con un elevato numero di ricorsi sono necessarie più divisioni; per quelli, invece, con un numero di ricorsi relativamente limitato, sono state formate di-

visioni multi-Stato, come la divisione che si occupa di Germania, Austria, Svizzera e Liechtenstein.

Dopo essere stati smistati dal cd. Ufficio centrale, i ricorsi presentati contro uno Stato sono diretti alla sezione di cui fa parte il giudice eletto a titolo di quello Stato. Il ruolo della sezione di filtraggio consiste nel classificare i ricorsi diretti contro i cinque Stati con il più alto numero di casi pendenti, in base al tipo di ricorso (camera, comitato o giudice unico), centralizzare le decisioni sulle misure provvisorie (art. 39 del Regolamento della Corte) e gestire i flussi delle decisioni di giudice unico.

Ogni ricorso assegnato a una camera di sette giudici – che, perciò, solleva questioni complesse – è attribuito a un giudice relatore il quale, con l'assistenza di un giurista (referendario), presenta una bozza di sentenza (o di decisione d'inammissibilità) che verrà deliberata in camera di consiglio. Le camere di consiglio si tengono, in generale, il martedì. La settimana precedente, tutte le bozze di sentenza o di decisione vengono esaminate dal giureconsulto della Corte, che ha rango di vice-cancelliere ed è assistito da un *team* di giuristi, diciamo, di «lungo corso». Il suo ruolo<sup>27</sup> è di vegliare alla qualità e alla coerenza del lavoro delle sezioni, evitando interpretazioni non ortodosse della giurisprudenza della Corte o soluzioni divergenti, da sezione a sezione, per una stessa tipologia di questione giuridica. Se necessario, prima della camera di consiglio, il giureconsulto esprime delle «osservazioni» formali, dando il suo parere sulla corretta applicazione della giurisprudenza e impostazione logica del ragionamento. Queste osservazioni saranno inserite nel fascicolo per la camera di consiglio, fermo restando che il parere del giureconsulto non è vincolante e i giudici mantengono, quindi, una libertà totale quanto alla decisione finale.

Al momento dell'esame della bozza di sentenza, la camera di sette giudici decide se accettare la proposta del giudice relatore o modificare il senso della sentenza. Una volta pronunciata la sentenza, le parti hanno tre mesi per chiedere il rinvio dinnanzi alla Grande Camera della Corte, composta da diciassette giudici. Le domande di rinvio sono esaminate da un collegio *ad hoc* di cinque giudici, che verifica se «la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale», come previsto all'art. 43 Cedu. Qualora sia una camera di sette giudici a considerare che la questione oggetto del ricorso sollevi gravi pro-

*quarterly of human rights*, vol. 30, n. 3/2012, pp. 272-298.

26. *Ibid.*

27. Si veda l'art. 18B del Regolamento della Corte.

blemi d'interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, essa può decidere *motu proprio* di rimettere l'esame del ricorso alla Grande Camera.

La Divisione ricerca, che opera sotto l'autorità del giureconsulto, è stata creata nel 2002 con un effettivo esiguo e, in sostanza, un ruolo limitato alla gestione della biblioteca della Corte. L'idea era, però, di dar vita gradualmente a un polo di eccellenza che concentrasse il supporto scientifico al lavoro delle sezioni e, soprattutto, della Grande Camera. Oggi la Divisione è composta da circa quattordici giuristi, di cui nove *senior lawyer* con contratto permanente, due *assistant lawyer* con contratto di quattro anni e due magistrati distaccati per una durata di un anno (attualmente, un norvegese e una slovena)<sup>28</sup>. I giuristi della Divisione sono specialisti del diritto internazionale e comparato, tra quelli con maggiore esperienza alla Corte di Strasburgo. La maggior parte di loro ha studiato in più di uno Stato e tutti hanno un livello di *master* e/o di dottorato. Nel loro lavoro sono coadiuvati da due assistenti amministrativi e da un numero variabile di stagisti o di *study visitor*. Questi ultimi meritano un discorso a parte in quanto, oltre agli stagisti selezionati dal programma di *stage* del Consiglio d'Europa per tirocini brevi, generalmente di tre mesi, la Divisione si avvale di *study visitor* di lunga durata (da sei mesi a un anno), selezionati sulla base di accordi con altre istituzioni. Attualmente, tali accordi sono stati conclusi con l'Università di Yale, negli Stati Uniti, l'Istituto di studi politici di Parigi ("*Sciences Po*"), l'Università di Renmin a Pechino, le Università di Tolosa e Strasburgo, l'«*École Nationale d'Administration*» (ENA), con sede a Strasburgo. Accordi sono stati conclusi anche con la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte interamericana dei diritti umani per lo scambio di giuristi per un periodo di sei mesi. Attualmente, alla Divisione ricerca sono rappresentate sedici nazionalità<sup>29</sup> e si parlano più di venti lingue.

Dalla Divisione dipende anche la biblioteca della Corte, che conserva più di 68.000 documenti e gestisce le banche dati di cui si serve la Corte. Attualmente, lo *staff* della biblioteca è di cinque persone.

### 3.2. Ruolo

La Divisione ricerca è stata creata, come si è detto, per centralizzare il supporto scientifico a sostegno

del lavoro della Corte. Questo avviene essenzialmente in due modi: la produzione delle cosiddette "guide di giurisprudenza" e l'elaborazione di rapporti di ricerca su questioni specifiche, nel contesto di un particolare ricorso.

Le guide di giurisprudenza sono analisi esaustive della giurisprudenza della Corte, redatte per articolo e destinate non solo all'uso dei giudici e dei giuristi delle Corti, ma anche alla pubblicazione. Attualmente ne sono state pubblicate quindici<sup>30</sup>, più la guida sui criteri di ammissibilità. È stato previsto di poter disporre della collezione completa delle guide su tutti gli articoli della Convenzione e dei suoi Protocolli per la fine del 2019. In precedenza, la mole di lavoro della Divisione e la relativa scarsità di risorse umane permettevano di aggiornare le pubblicazioni, nel migliore dei casi, ogni due anni. Ciò rischiava di rendere le guide sugli articoli che davano luogo alla giurisprudenza più dinamica, come l'art. 6 (equo processo) o l'art. 8 (vita privata e familiare), rapidamente obsolete. Da circa un anno a questa parte, la Divisione ricerca ha messo a punto un sistema impegnativo, ma molto efficace per aggiornare le guide (versione elettronica) su base trimestrale. Ogni guida è assegnata a un giurista specialista dell'articolo in questione, che serve anche da "coordinatore di giurisprudenza" per quell'articolo in seno alla Cancelleria. Il ruolo del coordinatore di giurisprudenza, oltre a quello di redattore della guida in questione, consiste nel gestire la pagina *intranet* della Corte che raccoglie tutte le informazioni possibili su quel particolare articolo e di rispondere a tutti i quesiti a esso relativi eventualmente posti dai giudici o da altri giuristi<sup>31</sup>.

I rapporti di ricerca sono, invece, documenti confidenziali redatti a richiesta del giudice relatore nel contesto di un ricorso specifico. Come si è prima accennato, la maggior parte dei rapporti di ricerca sono elaborati per casi pendenti davanti alla Grande Camera, quelli più complessi e che sollevano «gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione». Detto questo, nulla vieta a un giudice relatore responsabile di un ricorso pendente davanti a una camera di sette giudici di richiedere un rapporto di ricerca, se lo ritiene necessario, per un corretto esame del ricorso. Da un paio di anni si è, d'altronde, notato un netto aumento di richieste da parte delle camere.

28. Dati aggiornati al 21 settembre 2018.

29. Croazia, Estonia, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Lettonia, Norvegia, Slovenia, Spagna, Turchia, Ungheria, Canada, Corea del Sud, Cina e Stati Uniti.

30. [www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=fre](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=fre).

31. La Corte ha, recentemente, adottato un nuovo metodo di lavoro basato sulla disseminazione orizzontale delle conoscenze e messo in pratica tramite una piattaforma *intranet* denominata «*Knowledge sharing*».

I rapporti di ricerca sono di tre tipi: rapporti sulla giurisprudenza degli “organi della Convenzione” (Corte, “vecchia Corte”, Commissione), rapporti di diritto internazionale e rapporti di diritto nazionale comparato.

I primi servono a dare al giudice relatore una visione esaustiva della giurisprudenza di Strasburgo, che il giurista referendario incaricato del caso in esame non è, per motivi di tempo, necessariamente in grado di produrre. I secondi portano sulle norme di diritto internazionale applicabili a una data materia, la giurisprudenza di altre corti internazionali, le decisioni di organi internazionali non-giurisdizionali come il Comitato europeo dei diritti sociali o il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni unite, e possono includere anche elementi di *soft law* e di dottrina.

I rapporti di diritto nazionale comparato sono quelli la cui elaborazione è più complessa e meritano un capitolo a parte.

È importante, infine, sottolineare che i giuristi della Divisione, oltre a far parte del *team* del giureconsulto e a lavorare sulle guide di giurisprudenza e sui rapporti di ricerca, si occupano anche di ricorsi complessi, soprattutto attribuiti alla Grande Camera, in qualità di referendari. Quest’ultimo aspetto è importante perché gli permette di elaborare i rapporti di ricerca con l’occhio del referendario, in modo funzionale all’esame collegiale di un ricorso da parte della Corte.

### 3.3. Metodologia utilizzata per i rapporti di diritto comparato

Come si è visto, i rapporti di diritto internazionale e comparato servono alla Corte per individuare le tendenze attuali (*trend*) e stabilire l’esistenza o l’assenza di *consensus* in merito a un determinato problema. Per determinare l’esistenza o meno di un *consensus* “europeo”, si va a vedere in che modo quel problema è risolto dalle leggi, dalla giurisprudenza, o anche dalle pratiche amministrative degli Stati membri del Consiglio d’Europa. La regola empirica stabilita dalla Corte è che, per i casi che sollevano «gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli», giudicati dalla Grande Camera, è necessario analizzare il maggior numero possibile di Stati membri. Per i casi giudicati da una camera di sette giudici, un numero minore di Stati (tra i 20 e i 30) è sufficiente. L’idea è che ci sarà sempre la possibilità di allargare la ricerca, se il caso dovesse essere rinviato alla Grande Camera. Per maggiore comple-

tezza, la Divisione ricerca ha l’abitudine di includere nei rapporti di diritto comparato anche l’analisi di ordinamenti giuridici non europei, in particolare quelli di Stati Uniti e Canada.

Nella pratica, le cose avvengono come segue. Quando il giudice relatore, in accordo con il referendario incaricato del caso e il Cancelliere della Grande Camera o della sezione competente, decide che l’esame del ricorso necessita un approccio di diritto comparato, è inviata – su apposito formulario – una domanda formale alla Divisione ricerca. La domanda contiene una spiegazione dettagliata del caso e una serie di quesiti giuridici. Appena ricevuta la domanda, il capo della Divisione ricerca verifica se i quesiti sollevati siano già stati trattati in altri rapporti di ricerca (nel qual caso, basterà aggiornarli) e nomina un giurista responsabile del rapporto. La scelta del giurista dipende non solo dal carico di lavoro e dalle priorità della Divisione, ma anche e soprattutto dalla specializzazione dei giuristi.

A partire dal momento in cui è recepita una domanda di ricerca di diritto comparato, ci vogliono almeno tre mesi per completare il rapporto. In una prima fase, il giurista responsabile analizza il caso in esame e le questioni sollevate, discutendone con il giurista referendario; se necessario, in accordo con il referendario, modifica i quesiti. A questo punto, ha inizio la fase di ricerca vera e propria. La selezione degli Stati da analizzare si fa cercando, per quanto possibile, di rappresentare tutte le tradizioni e i sistemi giuridici in modo equilibrato. Per gli Stati<sup>32</sup> che fanno parte del *Superior Courts Network* (SCN)<sup>33</sup>, la Rete delle corti superiori creata nell’ottobre del 2015 su iniziativa della Corte di Strasburgo, i quesiti vengono trasmessi tramite il sito *intranet* del SCN. I quesiti sono formulati nelle due lingue ufficiali della Corte (francese e inglese) e prevedono una data limite per le risposte. Quando le corti italiane<sup>34</sup>, per esempio, ricevono una richiesta, i *focal point* (magistrati di collegamento) si concertano tra di loro per decidere quale corte sia la più competente per rispondere o se sia il caso di preparare una risposta comune. La risposta, redatta in francese o in inglese, è poi trasmessa alla Divisione ricerca sempre attraverso la piattaforma *intranet*. Se necessario, il *focal point* della Corte Edu responsabile per l’Italia può contattare le sue controparti a Roma per chiarimenti.

Per i dodici Stati che non sono membri del SCN, le ricerche sono effettuate dai giuristi della Divisione ricerca competenti per tali Stati o da giuristi delle altre

32. Al 28 giugno 2018: 35 Stati, per un totale di 69 corti.

33. [www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/network&c](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/network&c).

34. Per l’Italia, che è stato il secondo Paese ad aderire, sono membri del *Network*: la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti.

divisioni della Cancelleria che trattano i ricorsi contro quegli Stati. Per le ricerche di diritto nazionale, i giuristi della Corte dispongono, oltre alle pubblicazioni raccolte dalla biblioteca della Corte, delle principali banche dati *online* degli Stati contraenti. Sono, inoltre, presi in considerazione studi di diritto comparato pubblicati da altre autorevoli istituzioni.

Tutte le contribuzioni, comprese quelle pervenute via SCN, saranno trasmesse ai rispettivi giudici della Corte per essere verificate ed eventualmente completate.

Quando il giurista responsabile del rapporto di ricerca dispone di tutte le contribuzioni, comincia la fase analitica. La difficoltà della parte analitica sta nell'applicare una corretta metodologia comparativa che prevede, in particolare, di avere ben chiari i concetti da comparare, porli nel giusto contesto e dare loro il giusto peso. Il rapporto è poi trasmesso al capo della Divisione ricerca o al vice-giureconsulto della Corte, che ne verificano la qualità, sia in termini di forma che di sostanza, e danno l'*imprimatur*. Il rapporto di ricerca è allora inviato alla sezione competente o alla Grande Camera, e incluso nel fascicolo del ricorso come documentazione confidenziale del giudice relatore. In camera di consiglio, i giudici restano, naturalmente, liberi di tenere conto o meno delle conclusioni del rapporto.

Nel 2017, la Divisione ricerca ha elaborato 42 rapporti di ricerca, di cui 16 sulla giurisprudenza degli organi della Convenzione, 17 di diritto comparato e 9 di diritto internazionale e dell'Unione europea.

#### 4. Conclusione

Se la pratica del metodo comparativo ha suscitato qualche critica in termini di metodologia e di coerenza, non ci sono dubbi circa la sua centralità nell'interpretazione evolutiva della Convenzione da parte della Corte. La questione che si pone in questo particolare momento storico interessa, a mio parere, il concetto stesso di "evoluzione".

Riprendiamo l'esempio dell'art. 3, che proibisce la «tortura» e i trattamenti «inumani» e «degradanti». Solo nel 1989, con la sentenza *Soering c. Regno Unito*, la Corte, usando una combinazione di metodo oggettivo/originario ed evolutivo/comparativo, ammise l'effetto extra-territoriale dell'art. 3, considerando che l'eventuale estradizione del ricorrente verso gli Stati Uniti, dove sarebbe stato rinchiuso nel "braccio della morte" di un carcere della Virginia, avrebbe co-

stituito una violazione di tale disposizione. Per la Corte, il tempo passato nel braccio della morte avrebbe provocato sofferenze psicologiche («*death row phenomenon*») contrarie all'art. 3.

Il ragionamento del caso *Soering* è stato, in seguito, esteso non solo ai casi di estradizione, ma anche ai casi di espulsione di richiedenti asilo entrati illegalmente sul territorio di uno Stato membro. La Convenzione vieta in modo assoluto l'espulsione di qualsiasi persona dal territorio di uno Stato contraente verso un Paese dove la stessa persona rischierebbe di subire trattamenti di una gravità sufficiente da entrare nell'ambito di applicazione dell'art. 3<sup>35</sup>. La Corte si è, poi, spinta a usare lo stesso approccio nei casi di migranti soccorsi dalle autorità di uno Stato contraente in acque internazionali, cioè al di fuori della giurisdizione territoriale di quello Stato, ma considerati *de facto* sotto il suo controllo<sup>36</sup>.

È evidente che questa evoluzione nell'interpretazione dell'art. 3 ha avuto conseguenze notevoli sulla gestione dei flussi migratori massicci ai quali oggi è confrontata l'Europa. Da un lato, gli Stati contraenti hanno l'obbligo di accertare che, in caso di espulsione, ciascuna persona, tra le centinaia di migliaia di richiedenti asilo, non rischi, a titolo individuale, trattamenti contrari all'art. 3. Ciò richiede risorse notevoli sia per l'esame di ogni singola richiesta di asilo e di ogni singolo ricorso contro una misura di espulsione, sia per la permanenza degli interessati sul territorio nazionale in attesa di una decisione finale. Dall'altro lato, per effetto del principio del ricorso individuale sancito dall'art. 34 Cedu, ogni richiedente asilo destinatario di una misura definitiva di espulsione può introdurre un ricorso a Strasburgo e chiedere una misura provvisoria per fermare l'espulsione.

Viste le gravi difficoltà che questi flussi stanno creando in Europa, e le preoccupazioni diffuse che essi suscitano nella popolazione dei rispettivi Paesi europei, è possibile – anzi, sta già accadendo – che dapprima gli Stati più esposti e, mano a mano, gli altri Stati decidano di adottare politiche più restrittive in materia di respingimenti ed espulsioni, venendo inesorabilmente a scontrarsi con la giurisprudenza attuale della Corte. È anche possibile che l'Unione europea, su impulso di questi Stati, decida anch'essa di modificare le proprie norme in senso più restrittivo.

La domanda che, allora, sorge spontanea – provocatoria, ma inevitabile – è: che cosa farebbe la Corte di fronte ad una tale evoluzione (alcuni vi vedranno, piuttosto, un'involuzione) del *consensus* europeo in materia di immigrazione extra-europea?

35. In base all'art. 15 Cedu, l'art. 3 non ammette alcuna deroga.

36. *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* [GC], ric. n. 27765/09, 23 febbraio 2012.