

Corte EDU e utilizzo dei dati scientifici. Anatomia di un rapporto mediato da sussidiarietà e consenso internazionale

*Roberta Lugarà **

HOW SUBSIDIARITY AND INTERNATIONAL CONSENSUS SHAPE THE WAY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS USES SCIENTIFIC DATA

ABSTRACT: This paper explores the relationship between the European Court of Human Rights and the use of scientific data. It is argued that, just as any other judicial proceedings, scientific data may be relevant to the decision of the Court as they may shed light on the factual background of the case. However, the special features of the ECHR mechanism require the Court to look at scientific data mainly through the lens of the principle of subsidiarity and consensus within contracting States.

KEYWORDS: European Court of Human Rights; ECHR; scientific data; subsidiarity; consensus

ABSTRACT: Questo articolo esplora il rapporto tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e l'uso dei dati scientifici. Si sostiene che, proprio come in qualsiasi altro procedimento giudiziario, i dati scientifici possono essere rilevanti per la decisione della Corte in quanto possono far luce sul contesto fattuale del caso. Tuttavia, le caratteristiche peculiari del meccanismo della CEDU impongono alla Corte di guardare ai dati scientifici principalmente attraverso la lente del principio di sussidiarietà e del consenso degli Stati contraenti.

PAROLE CHIAVE: Corte europea dei diritti dell'uomo; CEDU; dati scientifici; sussidiarietà; consenso

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Evoluzione scientifica e giurisdizione della Corte EDU – 3. Evoluzione scientifica e portata degli obblighi convenzionali – 4. Qualche riflessione sul rapporto tra evoluzione scientifica e obblighi di protezione.

* *Dottoressa di ricerca in Giustizia costituzionale e Diritti fondamentali presso l'Università di Pisa e Giurista referendaria presso la Corte europea dei diritti dell'uomo. Mail: Roberta.lugar@echr.coe.int. Le opinioni espresse nello scritto sono personali e non impegnano l'istituzione di appartenenza. Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

1. Introduzione

Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo¹ è, anzitutto, un giudizio sul caso concreto. Quale elemento del contesto fattuale in cui si sarebbe prodotta la violazione della Convenzione, il dato scientifico può rivelarsi necessario per valutare la sussistenza della giurisdizione della Corte e la fondatezza delle doglianze prospettate nel ricorso introduttivo. Un'analisi del modo in cui la Corte utilizza i dati scientifici deve però tenere in conto alcune specificità del giudizio convenzionale. La prima è il rispetto del principio di sussidiarietà, che impone che siano primariamente le autorità nazionali a farsi carico di garantire il rispetto degli obblighi convenzionali all'interno dei rispettivi ordinamenti, mentre spetta alla Corte intervenire solo in seconda battuta, quando i rimedi interni si sono rivelati in concreto incapaci di garantire un adeguato livello di protezione ai diritti². La seconda è la natura internazionale della giurisdizione della Corte, che condiziona, per quanto qui specificamente interessa, i dati conoscitivi di cui essa si avvale per interpretare la portata degli obblighi convenzionali. Queste specificità plasmano, ancor prima che il modo in cui vengono utilizzati nel ragionamento giuridico, i canali attraverso i quali i dati scientifici vengono portati a conoscenza della Corte. Al pari di qualsiasi giudizio sul caso concreto, infatti, l'ingresso dei dati scientifici nel processo avviene attraverso le allegazioni delle parti, come elementi del contesto fattuale portati a conoscenza della Corte a sostegno delle relative difese. Inoltre, la Corte ha il potere di adottare, su richiesta di parte o d'ufficio, delle *investigative measures* per chiarire i fatti di causa e, nell'esercizio di tale potere, può promuovere l'audizione di esperti³. Tuttavia, il principio di sussidiarietà impone che la Corte si avvalga anzitutto di valutazioni dei dati scientifici già compiute dalle autorità nazionali, ad esempio tramite sentenze dei tribunali interni, atti del procedimento amministrativo, relazioni di commissioni parlamentari d'inchiesta. È opportuno ricordare a questo proposito che è onere del ricorrente, prima di adire la Corte, aver messo le autorità nazionali nelle condizioni di porre rimedio alla violazione. Ciò implica che il ricorrente sia tenuto ad attivare i rimedi interni e a sollecitare in quella sede una valutazione dei dati scientifici di cui intenda avvalersi davanti alla Corte. Ne deriva che la principale fonte di conoscenza dei dati scientifici nel giudizio convenzionale è costituita dagli atti del procedimento interno, trasfusi nel giudizio su iniziativa delle parti o, se necessario, su richiesta della Corte.

Sotto altro profilo, tenuto conto della natura universale delle questioni su cui dibatte la scienza e la tendenziale condivisione a livello internazionale dello stato delle conoscenze scientifiche, è gioco forza che i dati scientifici entrino nel giudizio convenzionale anche attraverso atti provenienti da organismi

¹ Di seguito "Corte EDU" o "Corte".

² Il principio di sussidiarietà è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte a partire dagli anni '60 e da ultimo inserito nel preambolo della Convenzione dal Protocollo no. 15; cfr. J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, II ed., Cambridge – New York, 2023, 6-10.

³ La facoltà da parte della Corte di condurre un'*investigation* è riconosciuta dall'art. 38 CEDU e attualmente disciplinata dagli artt. A1 e ss. dell'allegato alle *Rules of the Court* introdotto il 7 luglio 2003. Ai sensi dei primi due paragrafi dell'art. A1 dell'allegato «The Chamber may, at the request of a party or of its own motion, adopt any investigative measure which it considers capable of clarifying the facts of the case. The Chamber may, inter alia, invite the parties to produce documentary evidence and decide to hear as a witness or expert or in any other capacity any person whose evidence or statements seem likely to assist it in carrying out its tasks. The Chamber may also ask any person or institution of its choice to express an opinion or make a written report on any matter considered by it to be relevant to the case».

internazionali (organi specializzati del Consiglio d'Europa, altre organizzazioni internazionali) o da altri Stati contraenti e Stati terzi, mediante le rispettive attività di diritto interno e di diritto internazionale (trattati e accordi internazionali). L'acquisizione d'ufficio o su allegazione delle parti di queste tipologie di atti, conoscibili anche attraverso ricerche che si avvalgono degli strumenti del diritto comparato, costituisce dunque un secondo importante canale di ingresso dei dati scientifici nel giudizio convenzionale.

In questo quadro, l'utilizzo dei poteri istruttori da parte della Corte deve ritenersi strumento residuale, da attivare con cautela e in casi eccezionali. Ciò non solo perché, come si è visto, il principio di sussidiarietà e la natura internazionale della sua giurisdizione impongono di preferire di regola forme "mediate" di ingresso dei dati scientifici nel giudizio. Affidarsi alle valutazioni svolte da organi tecnici a ciò preposti dall'ordinamento interno e internazionale mette altresì la Corte al riparo dal giudicare il merito scientifico di tesi alternative a quelle della scienza "istituzionale"⁴ e, quindi, dal rischiare di invadere l'ambito riservato alla ricerca scientifica.

2. Evoluzione scientifica e giurisdizione della Corte EDU

La corretta instaurazione di un giudizio davanti alla Corte EDU richiede la sussistenza di una serie di condizioni, quali l'applicabilità *ratione materiae*, la qualità di vittima⁵, la giurisdizione dello Stato resistente⁶, l'esistenza di un danno diretto, che devono essere valutate attraverso il costante rinvio alla realtà fattuale. Poiché tale realtà può essere modificata o svelata attraverso dati scientifici, l'evoluzione della scienza può dimostrarsi rilevante per stabilire la sussistenza della giurisdizione della Corte. L'evoluzione scientifica può creare nuove opportunità di sviluppo per la persona umana o nuovi bisogni di protezione da ricondurre, attraverso un'interpretazione evolutiva, nell'ambito di applicazione della Convenzione. La scienza, ancora, può decodificare il funzionamento della realtà, consentendo di provare all'interno del giudizio l'esistenza di un danno o di un nesso di causalità prima inafferrabili⁷. Il risultato è che, a parità di norme, la giurisprudenza della Corte EDU può evolversi a seguito di un cambiamento della realtà fattuale che informa la norma convenzionale o a seguito di un cambiamento della percezione di quella realtà provocato dall'evoluzione scientifica.

Un buon esempio delle potenzialità espansive della giurisdizione della Corte per effetto dell'evoluzione scientifica può essere tratto dalla giurisprudenza in materia ambientale. I primi casi sull'applicabilità dell'art. 8 CEDU agli effetti dell'inquinamento ambientale proveniente da stabilimenti industriali⁸ muovevano dall'esistenza di report medici, pareri di esperti, studi scientifici che dimostravano l'esistenza di un nesso causale tra emissioni di sostanze inquinanti e rischi per la salute della popolazione

⁴ Sull'utilizzo dei dati della scienza ufficiale o "istituzionale" da parte del Giudice costituzionale tedesco si veda D. PARIS, *Scienza e giustizia costituzionale: l'esperienza del Bundesverfassungsgericht*, in questa rivista, 158 ss.

⁵ Su cui si rinvia a J. GERARDS, *op. cit.*, 44 ss.

⁶ Si veda J. GERARDS, *op. cit.*, 51 ss.

⁷ Sulle correlazioni tra interpretazione evolutiva e prova nella determinazione dell'applicabilità della Convenzione si veda J. GERARDS, *op. cit.*, 14 ss.

⁸ *López Ostra v. Spain*, 9 December 1994, Series A no. 303-C, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I.

residente nei pressi della fonte di inquinamento. Si tratta di una giurisprudenza ormai consolidata⁹, in cui, una volta dimostrati attraverso dati scientifici danno e nesso causale, il riconoscimento della responsabilità dello Stato era reso agevole dalla natura tradizionalmente territoriale della nozione di giurisdizione¹⁰.

Il nesso tra giurisdizione e territorialità potrebbe vedersi allentato dall'evoluzione scientifica, ove quest'ultima riuscisse a rendere dimostrabile un rapporto di causalità tra danno lamentato e attività realizzate a centinaia di chilometri di distanza. Questa è la tesi sottesa a diversi ricorsi sul cambiamento climatico allo stato pendenti dinanzi alla Corte¹¹ e, in particolare, al caso *Duarte Agostinho*, in cui, unico tra i ricorsi la cui definizione è attualmente rimessa alla Grande Camera, si lamenta l'esistenza anche di un danno transfrontaliero¹².

Ad avviso dei ricorrenti l'evoluzione del sapere scientifico avrebbe reso riconducibili alla mano dell'uomo una serie di fenomeni ambientali a cui stiamo assistendo, quali surriscaldamento, incendi, fenomeni meteorologici estremi, le cui cause sarebbero rintracciabili nelle decisioni (ritenute dai ricorrenti troppo poco ambiziose) con cui gli Stati disciplinano le emissioni dei gas a effetto serra. Poiché le scelte politiche di non ridurre in misura sufficientemente drastica e tempestiva queste emissioni contribuirebbero in maniera collettiva a provocare i danni lamentati alle condizioni di vita e alla salute dei ricorrenti, questi ultimi sarebbero in grado – grazie ai risultati dell'evoluzione scientifica in materia – di dimostrare la propria qualità di vittima, l'esistenza di un danno, anche transfrontaliero, la giurisdizione degli Stati resistenti. Persino la scelta di ricorrere contro 33 Stati contraenti¹³, e non contro tutti o solo alcuni fra di essi, è motivata da ragioni scientifiche. Gli Stati individuati dalla difesa come responsabili delle violazioni allegate sono infatti quelli rispetto ai quali sono per il momento disponibili dati scientifici che consentirebbero di stabilire con sufficiente precisione giurisdizione e nesso di causalità¹⁴.

⁹ *Cordella and Others v. Italy*, nos. 54414/13 and 54264/15, 24 January 2019, *Locascia and Others v. Italy*, no. 35648/10, 19 October 2023; si veda, per una possibile applicazione di tale giurisprudenza a fenomeni inquinanti più complessi, la comunicazione pubblicata in data 5 febbraio 2019 sui ricorsi *Di Caprio and Others v. Italy*, nos. 39742/14 et al., relativi alle vicende note come “terra dei fuochi”.

¹⁰ J. GERARDS, *op. cit.*, 52.

¹¹ Nelle more della pubblicazione dello scritto tre di questi ricorsi sono stati decisi dalla Grande Camera in data 9 aprile 2024, con sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, no. 53600/20, e decisioni *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 other States*, no. 39371/20, e *Carême v. France*, no. 7189/21. Altri sette ricorsi che sollevano questioni simili erano stati aggiornati in attesa della definizione dei tre ricorsi pendenti dinanzi la Grande Camera: *Uricchio v. Italy and 31 other States*, no. 14615/21, *De Conto v. Italy and 32 other States*, no. 14620/21, *Müller v. Austria*, no. 18859/21, *Greenpeace Nordic and Others v. Norway*, no. 34068/21, *The Norwegian Grandparents' Climate Campaign and Others v. Norway*, no. 19026/21, *Soubeste and Others v. Austria and 11 other States*, nos. 31925/22 et al, *Engels v. Germany*, no. 46906/22.

¹² I ricorrenti sono bambini e giovani adulti portoghesi. Sostengono di essere vittime degli effetti nefasti che il cambiamento climatico produce sulle loro condizioni di vita e di salute e che tali danni sarebbero riconducibili cumulativamente alle scelte dei 33 Stati resistenti in materia di emissione dei gas a effetto serra. Invocano gli articoli 2 (diritto alla vita), 8 (diritto al rispetto per la vita privata) e 14 (divieto di discriminazione).

¹³ Il Portogallo, dove i ricorrenti risiedono, e altri 32 Stati membri del Consiglio d'Europa.

¹⁴ Quest'argomentazione è stata utilizzata nel corso dell'udienza pubblica del 27 settembre 2023 dalla difesa dei ricorrenti per rispondere alla domanda posta sul punto dal Collegio.

Non è intenzione del presente contributo cercare di prevedere l'esito della decisione della Grande Camera¹⁵. Interessa invece prendere il contenzioso sul cambiamento climatico ad esempio di come il progresso scientifico può contribuire a far evolvere la giurisprudenza, senza richiedere alla Corte di modificare principi consolidati, ma modificando la percezione del contesto fattuale in cui le norme devono applicarsi. Dimostrare di essere direttamente colpiti dal cambiamento climatico significa far emergere la propria qualità di vittima rispetto a quella che altrimenti sarebbe stata una mera *actio popularis*¹⁶. Attraverso l'utilizzo dei dati scientifici il danno ambientale e il nesso di causalità da meramente speculativi possono prendere corpo, diventare misurabili. Quanto alla giurisdizione, è possibile arrivare a sostenere che decisioni sull'emissione di sostanze inquinanti hanno un impatto maggiore sulla vita di persone che abitano a centinaia di chilometri di distanza dal territorio dello Stato di emissione rispetto a quelle che risiedono nel Paese in cui le sostanze sono state emesse. Come si evince dalla comunicazione del caso *Duarte Agostinho*¹⁷, la Corte inquadra le questioni giuridiche assolutamente nuove poste da questo ricorso nel contesto delle consuete nozioni di giurisdizione e qualità di vittima. Quale che sarà la decisione della Corte, essa non sarà chiamata a rivoluzionare o stravolgere principi, ma ad applicarli a un contesto nuovo¹⁸, a una realtà svelata da evidenze scientifiche. Se peraltro la disponibilità di nuove tecniche scientifiche è solitamente invocata per estendere le maglie del giudizio sull'ammissibilità dei ricorsi dinanzi alla Corte, non si può *a priori* escludere che avvenga anche l'opposto. Nel recente caso *W.A. and Others v. Italy*, no. 18787/17, §§ 13 – 17, 16 November 2023, la Corte ha fatto uso dei suoi poteri istruttori per chiedere a un esperto di tecniche di riconoscimento facciale di verificare l'identità dei ricorrenti di cui la Corte non era certa alla luce delle ricostruzioni fattuali contrastanti delle parti. Anche sulla base dell'*expertise* formulata in applicazione di tecniche di riconoscimento biometrico, la Corte ha quindi escluso la qualità di vittima di uno dei

¹⁵ Come si è anticipato i ricorsi sono stati decisi nelle more della pubblicazione dello scritto; la sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz* ha accertato, *inter alia*, la violazione dell'art. 8 della Convenzione, rilevando che tale norma include un diritto alla protezione effettiva da parte delle autorità nazionali nei confronti degli effetti pregiudizievoli alla vita, alla salute, al benessere e alla qualità della vita derivanti dal cambiamento climatico. La Corte ha ritenuto che la Svizzera non abbia adempiuto agli obblighi positivi previsti dalla Convenzione in materia di cambiamenti climatici. In particolare, il quadro normativo nazionale pertinente risulta lacunoso, giacché non quantifica, attraverso un bilancio del carbonio o in altro modo, i limiti delle emissioni nazionali di gas a effetto serra. Pur riconoscendo che le autorità nazionali godono di un ampio margine di discrezionalità in relazione alla scelta delle misure da porre in essere per combattere contro il cambiamento climatico, la Corte ha ritenuto che le autorità nazionali non abbiano agito in tempo e in modo appropriato per ideare, sviluppare e attuare una legislazione e misure pertinenti. Nella decisione *Duarte Agostinho*, per quanto riguarda la giurisdizione extraterritoriale degli Stati convenuti diversi dal Portogallo, la Corte ha concluso di non poter estendere in via interpretativa la giurisdizione extraterritoriale nel modo richiesto dai ricorrenti. La decisione *Carême* ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso, in quanto il ricorrente, che non viveva più in Francia, non aveva legami rilevanti con il luogo nel quale si sarebbero prodotti gli effetti pregiudizievoli derivanti dal cambiamento climatico lamentati nel ricorso.

¹⁶ Sul concetto di *actio popularis* si veda J. GERARDS, *op. cit.*, 46.

¹⁷ Consultabile sul sito internet dell'istituzione.

¹⁸ Riflette sulle peculiarità che l'applicazione delle nozioni di giurisdizione, status di vittima e nesso di causalità rivestono nel contesto del contenzioso sul cambiamento climatico e, in particolare, dei c.d. "diagonal claims", ovvero delle doglianze con cui si lamenta un danno transfrontaliero, M. FERIA-TINTA, *The future of environmental cases in the European Court of Human Rights: extraterritoriality, victim status, treaty interpretation, attribution, imminence and "due diligence" in climate change cases*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 13 Special Issue, 2022, 174 ss.

ricorrenti, stabilendo che non fosse provata la sua effettiva partecipazione al gruppo di individui vittime della violazione allegata¹⁹.

3. Evoluzione scientifica e portata degli obblighi convenzionali

I dati scientifici, quali elementi del contesto fattuale, rilevano nella valutazione della giustificazione della limitazione al diritto fondamentale e possono dunque influire sulla decisione relativa al merito delle doglianze portate all'attenzione della Corte. Sebbene a nessuna delle fasi in cui si articola di regola il giudizio sulla giustificazione dell'interferenza (legalità, scopo legittimo, proporzionalità) sia estranea una valutazione anche di natura fattuale²⁰, le fasi del ragionamento della Corte maggiormente condizionate dai dati scientifici sono quelle che attengono allo scopo legittimo e, in maniera prevalente, alla proporzionalità.

Quanto allo scopo legittimo, nella maggioranza dai casi è lo Stato a invocare evidenze scientifiche per suffragare la propria posizione circa la sussistenza di obiettivi di interesse generale che la misura limitativa del diritto intende perseguire²¹. Ciò non esclude che talvolta la Corte EDU abbia utilizzato argomentazioni tratte dalle conoscenze scientifiche diffuse a livello internazionale per escludere che un'interferenza ai diritti fondamentali fosse giustificabile alla luce dello scopo allegato dallo Stato resistente. Ad esempio, nella sentenza *Macaté v. Lithuania* [GC], no. 61435/19, §§ 210 - 216, 23 January 2023, la Corte ha rilevato come non vi fossero evidenze scientifiche né dati sociologici a supportare la tesi dello Stato resistente che sarebbe stato nel *best interest* del minore limitare la rappresentazione di relazioni omosessuali nella letteratura per l'infanzia²². Non vi è dubbio però che le questioni più interessanti si pongono nel contesto del test di proporzionalità, sul quale pertanto occorre soffermarsi.

La Corte EDU utilizza anzitutto i dati scientifici in un sindacato di tipo procedurale, valuta cioè se il processo decisionale nazionale ha tenuto in debito conto indagini e studi scientifici. Ciò può concretamente tradursi in tre distinti obblighi procedurali. Il primo è l'obbligo di introdurre una disciplina normativa per regolare le attività pericolose. La mera assenza di regolazione può infatti rivelarsi incompatibile con le esigenze di protezione contenute nella Convenzione se le autorità erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza dei rischi per la vita o per la salute umana derivanti da una certa attività²³. Il

¹⁹ *W.A. and Others v. Italy*, cit., § 63.

²⁰ Si pensi, ad esempio, all'accertamento dell'accessibilità di una norma, che integra l'analisi di legittimità.

²¹ Rientrano in questo contesto, ad esempio, gli obblighi di sottoporsi a esami o trattamenti di natura medica, rispetto ai quali gli Stati possono invocare obiettivi di tutela della salute pubblica, di lotta contro il doping, etc.

²² Il tema ha coinvolto legislazioni provenienti da diversi Paesi membri dell'Unione europea e ha visto il Parlamento europeo prendere una posizione in netto sfavore di siffatte limitazioni in una Risoluzione dell'8 luglio 2021; per un'approfondita ricostruzione della vicenda si rinvia a A. OSTI – M. DELLA MALVA, *C'era una volta... quando la libertà di espressione passa attraverso le fiabe. Il caso Macaté c. Lituania*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2023, 273 ss.

²³ Si veda per esempio la sentenza *Brincat and Others v. Malta*, nos. 60908/11 and 4 others, 24 July 2014, relativa ai ritardi nell'introduzione di una disciplina legislativa a tutela dei lavoratori esposti all'amianto, nonostante i rischi derivanti da tale esposizione fossero da diversi anni dimostrati dalla ricerca scientifica e noti alle autorità nazionali. Si veda altresì il caso *Jugheli and Others v. Georgia*, no. 38342/05, 13 July 2017, relativo all'inquinamento prodotto da una centrale termoelettrica che aveva iniziato l'attività industriale prima dell'entrata in vigore della normativa di protezione ambientale e che, persino dopo l'introduzione di quest'ultima, aveva continuato a operare per diversi anni in assenza di un quadro regolatorio.

secondo obbligo attiene agli approfondimenti istruttori che il legislatore è tenuto a porre in essere laddove intenda normare una materia *science-based*. Conoscere i progressi scientifici rilevanti e tenerne conto nel momento di introdurre o aggiornare una disciplina normativa diviene metro per misurare l'utilità dell'intervento legislativo rispetto al perseguimento di determinati obiettivi di interesse sociale²⁴. Il terzo obbligo riguarda, ferma restando l'esistenza di una disciplina legislativa astrattamente adeguata, l'applicazione di strumenti amministrativi idonei a garantirne l'effetto utile, ad esempio attraverso la sussistenza e l'utilizzo di preventive valutazioni di impatto ambientali²⁵.

La caratura tecnico-scientifica della questione sottoposta all'esame della Corte può emergere anche in un sindacato di tipo sostanziale, attinente al merito delle scelte nazionali. Sotto questo profilo, è possibile distinguere, da un lato, il rapporto tra evidenze scientifiche e definizione del margine di apprezzamento e, dall'altro, la rilevanza che i dati scientifici assumono nella valutazione del rispetto dei limiti di tale margine.

È noto che il sindacato di proporzionalità utilizzato dalla Corte è uno strumento flessibile, la cui profondità dipende dalla scelta della Corte di riconoscere agli Stati un margine di apprezzamento più o meno ampio sulla base di una serie di fattori valutati alla luce del caso concreto. La circostanza che una materia sia attraversata da questioni tecnico-scientifiche complesse può condurre la Corte a restringere o ampliare il margine di apprezzamento a seconda che si sia formato o meno un consenso tra gli Stati contraenti sulla sua regolazione giuridica²⁶. Nel primo caso, la Corte tende a far prevalere le esigenze di uniformità nella creazione di standard minimi di protezione riassumibili nella formula del *common ground factor*, nel secondo prevarrà invece il c.d. *better placed argument*, ovvero l'idea che l'accertamento dei fatti, la determinazione delle politiche e delle loro conseguenze sono operazioni per le

²⁴ Nel caso *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, ECHR 2011, ad esempio, la Corte EDU insiste sulla necessità che il legislatore nazionale tenga in debito conto i progressi compiuti dalla scienza medica al fine di aggiornare le proprie scelte normative in materia di fecondazione medicalmente assistita. Ancora, nel caso *Durissimo v. Italy* (dec.), no. 62804/13, 6 May 2014, in materia di accesso a cure compassionevoli, la Corte rileva non essere provato il valore scientifico del metodo "Stamina" e che, anzi, la scelta legislativa contestata si fondava su un parere negativo del comitato scientifico all'uopo istituito dal Ministero della Salute. Come osserva G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, entrambe le pronunce mettono in luce «la necessità di un agire "scientificamente informato" del legislatore» e reputano tale requisito soddisfatto «laddove la scelta normativa sia frutto del confronto con autorità dotate di competenze tecniche in materia, non spettando ai giudici di pronunciarsi sul merito dell'adeguatezza scientifica dell'opzione».

²⁵ Cfr., ad esempio, le sentenze *Giacomelli v. Italy*, no. 59909/00, § 83, ECHR 2006-XII, *Tătar v. Romania*, no. 67021/01, § 88, 27 January 2009 e *Hardy and Maile v. the United Kingdom*, no. 31965/07, §§ 219 – 220, 14 February 2012, su cui vedasi N. KOBYLARZ, *Balancing its Way Out of Strong Anthropocentrism: Integration of 'Ecological Minimum Standards' in the European Court of Human Rights 'Fair Balance' Review*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 13 Special Issue, 2022, 29.

²⁶ Si pensi alla disciplina giuridica introdotta nei diversi Stati contraenti per far fronte alla pandemia da Covid-19; ho argomentato in altro scritto che il carattere prevalentemente tecnico-scientifico delle giustificazioni che hanno sostenuto le misure di contrasto al virus e la relativa facilità di accesso e scambio dei dati scientifici, tecnici e statistici sono elementi di cui la Corte dovrebbe tener conto per restringere il margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati contraenti che abbiano attivato durante la pandemia la deroga per stato d'urgenza ex art. 15 della Convenzione; cfr., se si vuole, R. LUGARÀ, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, 358 ss.

quali le autorità nazionali sono meglio attrezzate di un giudice internazionale. La determinazione dell'ampiezza del margine di apprezzamento nelle materie *science-based* costituisce un esercizio complesso, anche perché alla sussistenza o meno di un consenso internazionale si intrecciano spesso altri fattori, alcuni dei quali spingono nella direzione dell'ampliamento del margine (sussistenza di questioni etiche, necessario bilanciamento con altri interessi o diritti), altri in quella del suo restringimento (incidenza su aspetti fondamentali dei diritti)²⁷.

Una volta definito il margine di apprezzamento, i dati scientifici possono essere usati per valutare se lo Stato ha agito nei limiti di tale margine o ha imposto all'individuo un onere eccessivo. Nei casi in cui il margine di apprezzamento è ampio, la Corte verifica che l'interferenza con i diritti fondamentali sia, alla stregua dei dati scientifici disponibili, adeguata o idonea al raggiungimento dello scopo prefissato dallo Stato. Tuttavia non spingerà il sindacato di proporzionalità nelle fasi successive in cui questo si articola²⁸. Pertanto, non chiederà allo Stato di dimostrare che la misura contestata era altresì lo strumento meno restrittivo possibile per il diritto²⁹, né sostituirà la propria valutazione al bilanciamento effettuato dalle autorità nazionali³⁰.

Nei casi in cui la Corte riconosce solo un certo margine di apprezzamento o un margine di apprezzamento ristretto, non esiterà invece a mettere in dubbio le scelte nazionali e a valutare, anche sulla scorta dei dati scientifici disponibili, il raggiungimento da parte dello Stato di un bilanciamento adeguato tra gli interessi in conflitto³¹.

4. Qualche riflessione sul rapporto tra evoluzione scientifica e obblighi di protezione

Lo schema argomentativo sopra descritto opera in principio in egual misura in relazione agli obblighi negativi e positivi. Tuttavia la Corte è meglio attrezzata per valutare l'adeguatezza scientifica di una limitazione a un diritto più di quanto non lo sia per ricavare dal progresso scientifico nuovi obblighi positivi. Guardando ancora una volta all'evoluzione della giurisprudenza in materia ambientale, è possibile osservare che la Corte ha individuato come standard di adeguata protezione dei diritti quello della diligenza necessaria. È possibile allora chiedersi se il progresso scientifico possa riempire di contenuto questa nozione di diligenza. La risposta deve essere positiva, ma con alcune cautele che

²⁷ Si vedano per esempio le sentenze *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, §§ 81-85, ECHR 2004-VIII, relativa all'applicabilità al nascituro della protezione di cui all'art. 2 della Convenzione, e *A.P., Garçon and Nicot v. France*, nos. 79885/12 and 2 others, §§ 121-125, 6 April 2017, in materia di riconoscimento dell'identità della persona transessuale.

²⁸ Si rinvia alle note categorie dottrinali elaborate con riferimento al giudizio di proporzionalità: (i) l'adeguatezza (o idoneità) dell'ingerenza rispetto al raggiungimento dello scopo legittimo; (ii) la necessità della misura, intesa come verifica circa l'inesistenza di soluzioni alternative meno invasive per i diritti, e (iii) la proporzionalità in senso stretto o bilanciamento, ovvero la valutazione comparativa tra i benefici apportati dalla misura e il sacrificio imposto agli individui; cfr., ad esempio, la schematizzazione proposta da P. YOWELL, *Empirical Research in Rights-Based Judicial Review of Legislation*, in P.M. HUBER, K. ZIEGLER (a cura di), *Current Problems in the Protection of Human Rights – Perspectives from Germany and the UK*, Oxford, 2012, 155, e ripresa recentemente da G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, 55 s.

²⁹ Si veda ad esempio la sentenza *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* [GC], nos. 47621/13 and 5 others, § 306, 8 April 2021.

³⁰ *S.H. and Others v. Austria* [GC], cit., 114.

³¹ *Howald Moor et autres c. Suisse*, nos. 52067/10 et 41072/11, §§ 74 - 79, 11 mars 2014.

derivano, ancora una volta, dal necessario rispetto del principio di sussidiarietà e dalla natura internazionale della giurisdizione della Corte.

Quanto al principio di sussidiarietà, se il progresso scientifico è stato adeguatamente tenuto in considerazione durante il processo decisionale degli Stati (e, quindi, se gli obblighi procedurali sono stati assolti), si può anzitutto far leva sul diritto nazionale per riempire di contenuto lo standard di diligenza richiesto nella protezione dei diritti. Sotto questo profilo, le irregolarità, i ritardi, le violazioni del diritto interno sono argomenti utilizzati dalla giurisprudenza consolidata della Corte per concludere che nel caso concreto lo standard di diligenza non è stato rispettato³².

Più difficile è la posizione della Corte quando i dati scientifici vengono invocati per dimostrare che una misura perfettamente legittima sul piano interno non sarebbe sufficiente a ritenere assolto il dovere di diligenza imposto dalla Convenzione. In questi casi, la Corte ha finora mostrato un atteggiamento cauto e tendenzialmente restio a sostituire un proprio bilanciamento quello effettuato dagli Stati contraenti³³. Sotto questo profilo, l'esistenza di un consenso a livello internazionale su quali siano le misure di protezione necessarie per fronteggiare un determinato fenomeno, alla stregua di evidenze scientifiche condivise, può aiutare la Corte a elevare lo standard di diligenza richiesto per assolvere a determinati obblighi di protezione. Ancora una volta possono portarsi ad esempio delle potenzialità espansive dell'evoluzione scientifica sugli standard convenzionali di tutela i casi pionieri sul cambiamento climatico. In tali ricorsi si sostiene che la Corte dovrebbe tener conto, nell'interpretare lo standard di diligenza richiesto dalla Convenzione, del fatto che gli Stati hanno già riconosciuto in una serie di altri trattati internazionali la necessità di ridurre le emissioni di gas a effetto serra per contrastare l'aumento della temperatura globale e si sono già impegnati a introdurre nei rispettivi ordinamenti misure adeguate a raggiungere questo scopo.

A prescindere dalla risposta che la Corte darà alle sfide poste dal contenzioso sul cambiamento climatico³⁴, in ottica generale sembra potersi affermare che quanto più le evidenze scientifiche risulteranno radicate nel contesto sociale, condivise nel panorama politico europeo e trasfuse in atti giuridici, quali decisioni di giudici nazionali, leggi, accordi e trattati internazionali, tanto più la Corte EDU potrà appoggiarsi al consenso sull'esistenza di questa realtà scientifica per riempire di contenuto gli obblighi di protezione derivanti dalla Convenzione.

³² Si vedano ad esempio le sentenze *López Ostra*, cit., §§ 16-22; *Guerra*, cit., §§ 25-27; *Cordella*, cit., §§ 167-173; *Locascia*, cit., §§ 141-147.

³³ *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 36022/97, § 120, ECHR 2003-VIII; *Greenpeace E.V. and Others v. Germany* (dec.), no. 18215/06, 12 May 2009.

³⁴ V. *supra* nota 15.