

# LA COSTRUZIONE DEI DIRITTI NEL SOLCO DELL'EFFETTIVITÀ

LA RESIDENZA COME DIRITTO SOCIALE  
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA  
DEI DIRITTI UMANI

SOFIA **CIUFFOLETTI**



La costruzione dei diritti nel solco dell'effettività  
La residenza come diritto sociale nella giurisprudenza  
della Corte Europea dei Diritti Umani

Building (effective) rights  
Residence as a social right in the ECtHR's case law

SOFIA CIUFFOLETTI

Ricercatrice, Centro Interuniversitario ADIR, Università degli studi di Firenze.  
E-mail: [sofia.ciuffoletti@unifi.it](mailto:sofia.ciuffoletti@unifi.it)

#### ABSTRACT

A partire dall'analisi del principio di effettività delle tutele nell'alveo della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani, il presente contributo intende presentare un'indagine sulla costruzione di una dimensione di tutela per i diritti sociali, espressamente esclusi dal novero delle situazioni tutelate dal testo della Convenzione Europea dei Diritti Umani. Attraverso un confronto con la strategia argomentativa della Corte Suprema degli Stati Uniti, vedremo come la Corte Europea abbia percorso la strada della valorizzazione del diritto di proprietà per alimentare la prospettiva di tutela indiretta dei diritti sociali, come diritti impliciti all'interno del sistema convenzionale di protezione dei diritti. Sarà, infine, analizzata la dimensione individuale e sociale del diritto alla residenza nel quadro della giurisprudenza della Corte EDU.

Starting from the analysis of the notion of rights' effectiveness in the case law of the European Court of Human Rights, the paper presents an investigation on the construction of a dimension of protection for social rights, expressly excluded from the text of the European Convention on Human Rights. Through a comparison with the argumentative strategy of the US Supreme Court, we will see how the European Court has gone down the path of enhancing the right to property in order to nurture the perspective of indirect protection of social rights, as implicit rights within the Convention. Finally, the individual and social dimension of the right to residence will be analyzed within the framework of the case law of the European Court of Human Rights.

#### KEYWORDS

diritti sociali, argomentazione giuridica, giurisprudenza CEDU, principio di effettività delle tutele, diritto alla residenza

social rights, legal reasoning, ECtHR' case law, principle of effectiveness, right to residence

# La costruzione dei diritti nel solco dell'effettività

## La residenza come diritto sociale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani

SOFIA CIUFFOLETTI

*1. Introduzione – 2. Costruire i diritti a partire dal testo. Il caso degli unenumerated rights – 3. La critica alle generazioni di diritti: le prestazioni sociali come “proprietà convenzionali” – 4. Il diritto alla residenza nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU. Un diritto dai molti volti, ma ancora in costruzione – 5. Conclusioni.*

### 1. Introduzione

Il presente contributo intende presentare una teoria della costruzione (quella già in atto e quella possibile) di una linea giurisprudenziale a protezione dei diritti sociali da parte della Corte Europea dei Diritti Umani (d'ora in avanti, Corte Europea, Corte EDU o semplicemente la Corte), basata sull'analisi dei metodi interpretativo-argomentativi della Corte.

In particolare, dopo aver ripercorso la vicenda giurisprudenziale che porta la Corte a costruire il principio argomentativo di effettività delle tutele in relazione al diritto di accesso alla tutela giudiziale intesa come rimedio essenziale per la vita stessa dei diritti, analizzeremo il caso del diritto a fissare la propria residenza come elemento essenziale della vita privata, dell'autodeterminazione e della dignità.

Saranno presentati due casi riferibili a due diversi diritti convenzionali, il diritto a scegliere liberamente la propria residenza, inserito all'art. 2 Protocollo n. 4 della Convenzione e il diritto alla vita privata, tutelato dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti Umani (d'ora in avanti, Convenzione EDU o anche solo la Convenzione).

L'analisi permetterà di verificare come l'utilizzo dell'argomentazione sia il piano strategico al fine di determinare l'area entro cui costruire la tutela della residenza come dimensione della vita che ha un rilievo individuale e una veste necessariamente sociale e che deve essere ancora pienamente valorizzata nella giurisprudenza della Corte EDU.

La strada è ancora tutta da costruire, eppure alcuni dei principi interpretativi utilizzati dalla Corte EDU appaiono strumenti dinamici al fine di restituire valore giuridico al diritto di fissare liberamente la propria residenza.

### 2. Costruire i diritti a partire dal testo. Il caso degli unenumerated rights

La Convenzione EDU è un testo relativamente breve, anche considerati i Protocolli che sono intervenuti a sancire, sul piano testuale, nuovi diritti espressi<sup>1</sup> e tuttavia, a oggi, proprio il siste-

<sup>1</sup> Oltre ai 15 diritti sanciti nel testo originale della Convenzione, i vari Protocolli hanno nel tempo aggiunto una serie, limitata di diritti (Article 1 of Protocol No. 1, Protection of property, Article 2 of Protocol No. 1, Right to education, Article 3 of Protocol 1, Right to free elections, Article 2 of Protocol No. 4 Article 1 of Protocol No. 6, Abolition of the death penalty, Article 2 of Protocol No. 7 Freedom of movement, Right of appeal in criminal matters, Article 3 of Protocol No. 7, Compensation for wrongful conviction, Article 4 of Protocol No. 7, Right not to be tried or punished twice, Article 5 of Protocol No. 7, Equality between spouses, Article 1 of Protocol No. 12, General prohibition of discrimination, Article 1 of Protocol No. 13

ma di giurisdizione internazionale-regionale governato dalla Corte di Strasburgo ha portato alla ridefinizione strategico argomentativa dei confini dei diritti. All'interno del sistema convenzionale, insomma, le forze immaginative del diritto (DELMAS-MARTY 2004), guidate dal consolidamento di principi ermeneutici e teorie interpretative, hanno saputo sfruttare gli strumenti sostanziali ma soprattutto procedurali a disposizione per creare forme di tutela, anche in situazioni di vuoto giuridico, o meglio, in situazioni in cui alla formale dichiarazione dei diritti non è seguita la predisposizione della necessaria serie di rimedi per renderli effettivi e azionabili in giudizio (LETSAS 2007; BIANCHI, PEAT, WINDSOR 2015).

Questo processo è stato inaugurato dalla decisione in *Golder v. UK*<sup>2</sup>, attraverso cui la Corte EDU radica uno dei principali strumenti argomentativo-interpretativi tipici della sua tradizione giurisprudenziale.

La questione sottesa al caso riguardava, infatti, i cosiddetti “diritti impliciti” (DWORKIN 1992 e DWORKIN 1993), su cui da tempo si scontrano la teoria originalista e quella evolutiva del diritto (GUASTINI 2011)<sup>3</sup>, ossia la costruzione, a partire dal testo, di quelli che vengono definiti *unenumerated rights*, in parole povere: come creare la protezione di diritti laddove nel testo non se ne trovi esplicita menzione. Nel caso *Golder*, il diritto implicito in questione non era propriamente secondario, anzi era alla base del concetto stesso di effettività della tutela dei diritti e della nozione di *rule of law* e di stato di diritto (SANTORO 2008). Il caso trattava, infatti, del diritto di accesso al giudice, ossia della “giustiziabilità” dei diritti nell’ambito dell’art. 6 (*right to a fair trial*, diritto al giusto processo) della Convenzione Europea dei Diritti Umani. Anche la dimensione fattuale del caso è rilevante. Il ricorrente era, infatti, un detenuto a cui era stato impedito di intraprendere un’azione legale per diffamazione a mezzo stampa contro un’agente di polizia penitenziaria che lo aveva indicato come partecipante a una sommossa avvenuta pochi mesi prima nell’istituto. Il ricorrente non poteva contattare il suo avvocato a causa dei regolamenti penitenziari inglesi che, a quel tempo, permettevano la comunicazione con gli avvocati solo per i detenuti non definitivi.

Il Governo del Regno Unito si difendeva adducendo che all’interno dell’art. 6 della Convenzione, che obbliga gli Stati Membri ad approntare le garanzie del giusto processo una volta che un’azione è intentata, non sia prevista, interpretazione letterale alla mano, la necessità di prevedere un rimedio per ogni violazione dei diritti (come è invece il caso degli art. 5 comma IV e dell’art. 13 della Convenzione, ove tale previsione è espressamente indicata).

La Corte, in primo luogo, discute la questione sul piano letterale, notando che il linguaggio appare neutro rispetto alla possibilità che il procedimento sia già in corso o debba essere instaurato. Ma ancor più significativamente rigetta l’interpretazione letterale, sia nella sua versione originalista testualista, sia in quella intenzionalista (GUASTINI 2011) e ricorda che i Trattati internazionali devono essere interpretati alla luce degli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969<sup>4</sup>, ossia alla luce degli obiettivi e degli scopi della Convenzione,

*Abolition of the death penalty*). Per un’analisi storica, cfr. BATES, 2011.

<sup>2</sup> *Golder v. United Kingdom*, ricorso n. 4451/70, 21 Febbraio 1975.

<sup>3</sup> Ciò che accomuna tutte le tecniche interpretative impiegate tradizionalmente dalla Corte EDU è il rifiuto delle idee originaliste sull’interpretazione, secondo cui il significato dei diritti fondamentali è in qualche modo fisso o “congelato nel tempo” e l’adesione ormai consolidata a una tradizione ermeneutica di chiaro stampo evolutivo. Le teorie originaliste, come è risaputo, si presentano in due versioni: il testualismo, sostiene che una disposizione giuridica deve avere il significato che aveva in origine, cioè al momento della promulgazione. L’intenzionalismo, sostiene che una disposizione giuridica deve applicarsi ai casi in cui “il legislatore storico” intendeva originariamente applicarla. Oltre a GUASTINI (2005), si veda LETSAS (2007) per l’applicazione in ambito convenzionale di queste teorie dell’interpretazione (in particolare, il capitolo 3, “Intentionalism, Textualism and Evolutive Interpretation”, pp. 58-79 e il sottoparagrafo: “The Failures of Originalism”, pp. 68-72).

<sup>4</sup> Invero entrata in vigore solo nel 1980, successivamente, dunque, alla redazione della sentenza *Golder*. Tuttavia le norme citate corrispondevano al diritto consuetudinario già in vigore.

secondo un approccio interpretativo di marcato stampo teleologico. In questo senso, la Corte rilegge il Preambolo della Convenzione, laddove si cita: «l'eredità comune di tradizioni politiche, ideali, libertà e *rule of law*» degli Stati europei e afferma che «è difficilmente concepibile il *rule of law* senza la possibilità di accesso alle corti»<sup>5</sup>.

Qui la Corte riprende direttamente la teoria di matrice anglosassone secondo cui non esiste diritto senza rimedio<sup>6</sup> e afferma che il principio per cui una causa civile deve poter essere sottoposta al giudice «[T]he principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally "recognised" fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice»<sup>7</sup>.

Proprio il diniego di giustizia appare una prospettiva di rischio concreto all'interno di un sistema di diritto internazionale governato dal principio di sussidiarietà e dal margine di apprezzamento degli Stati membri. In questo senso, se l'art. 6 avesse ricompreso esclusivamente il caso di un'azione legale già avviata dinanzi a un tribunale, uno Stato contraente avrebbe potuto semplicemente agire in contropiede, eliminando la tutela giudiziale per determinate classi di azioni, affidandola a organi dipendenti dal Governo (LETSAS 2007) e svincolandosi dal sindacato della Corte Europea su quelle materie.

Oltre a questo rischio, concreto e legittimo, l'effettività della tutela impone che alla descrizione dettagliata delle garanzie procedurali offerte alle parti in una causa pendente, si accompagni l'unico vero strumento capace di rendere effettiva questa tutela, ossia l'accesso al giudice. Insomma, come afferma la Corte: «[T]he fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings»<sup>8</sup>.

È interessante come la decisione in *Golder* sia corredata dall'opinione dissenziente del giudice inglese Fitzmaurice che contesta la ricostruzione della maggioranza a partire da una posizione originalista intenzionalista, ancorata al concetto di "certezza del diritto". Le parole di Fitzmaurice contro la possibilità stessa di ciò che chiama "*judicial legislation*", ossia la possibilità per i giudici di creare diritto, sarebbero perfettamente comprensibili in bocca a un giudice di *civil law*. Risultano, invece, stonate in bocca a un giudice di *common law*<sup>9</sup> e permettono di apprezzare la

<sup>5</sup> Sentenza *Golder*, §34.

<sup>6</sup> Tradizionalmente esiste una differenza strutturale tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law* nell'interpretazione del rapporto tra diritti e ricorsi (MATTEI 1987 e DAVID 1980). Nei sistemi di *common law* esiste un rapporto interno e profondo tra un diritto e un rimedio. Secondo questa prospettiva, i rimedi sono mezzi per proteggere i diritti. Un rimedio è l'aspetto pratico e tangibile del diritto legale, che gli conferisce significato e potere. Un diritto che non è protetto e non viene fatto valere dall'ordinamento giuridico non è quindi affatto un diritto, ma solo una chimera, una pretesa o un interesse che non ha *status* giuridico. I Paesi di *civil law* adottano una concettualizzazione opposta, considerando il rapporto tra diritti individuali e forme di azione come gerarchico. I diritti individuali sono la proiezione della norma legislativa, la cui attuazione è la logica conseguenza della loro stessa creazione. In questo contesto, l'azione non costituisce altro che la realizzazione nel processo della legge e viene concessa ogni qualvolta esista un diritto. È dunque il diritto individuale che determina l'ampiezza e il contenuto della tutela giuridica.

<sup>7</sup> *Golder*, §35.

<sup>8</sup> *Golder*, §35.

<sup>9</sup> E in effetti Fitzmaurice discute la questione premettendo la distinzione tra il contesto domestico e quello internazionale. Si veda la nota n. 21 della sua *Dissenting Opinion in Golder*: «It is one thing for a national constitution to allow part of its legislative processes to be effected by means of judge-made "case law": quite another for this method to be imposed ab extra on States parties to an international convention supposed to be based on agreement. It so happens however, that even in England, a country in which "case law", and hence – though to a diminishing extent – a certain element of judicial legislation has always been part of the legal system, a recent case led to severe criticism of this element, and another decision given by the highest appellate tribunal went far to endorse this criticism in the course of which it had been pointed out that the role of the judge is *jus dicere* not *jus dare*, and that the correct course for the judge faced with defective law was to draw the attention of the legislature to that fact, and not deal with it by judicial action. It was also pointed out that no good answer lay in saying that a big step in the right direction had been taken, – for when judges took big steps that meant that they were making new law. Such remarks as these are peculiarly applicable to the present case in my opinion».

strumentalità della difesa dell'interpretazione originalista intenzionalista che potremmo leggere piuttosto come un appello all'interpretazione originalista "insulare".

L'argomentazione utilizzata in *Golder* è considerata il caposaldo interpretativo che ha permesso alla Corte di costruire la nozione della Convenzione come *living instrument*<sup>10</sup>, ossia un testo di legge che deve essere interpretato alla luce delle condizioni sociali, culturali, giuridiche del presente e non sulla base di ciò che i Padri (e le Madri) fondatori della Convenzione pensavano nel 1950, in questo modo rigettando in toto la visione originalista intenzionalista e le critiche avanzate nella *dissenting opinion* di Fitzmaurice.

D'altra parte la Corte non ha solo riconosciuto diritti impliciti, ma anche diritti che i fondatori della Convenzione non intendevano (più o meno espressamente) tutelare. È il caso ad esempio della libertà negativa di associazione, che nel caso *Young, James e Webster v. United Kingdom*<sup>11</sup> viene sancita nonostante l'espressa esclusione di questa dimensione del diritto di associarsi liberamente in sede di Lavori Preparatori alla Convenzione<sup>12</sup>.

Il caso, però, che per primo inserisce all'interno di questo contesto interpretativo-argomentativo votato alla concretizzazione e all'effettività dei diritti la questione dei diritti sociali, è *Airey v. Ireland*<sup>13</sup>. *Airey* è, infatti, la decisione della Corte Europea che chiarisce la portata della tutela convenzionale dei diritti e pone come stella polare del lavoro della Corte il principio di effettività secondo cui la Convenzione non tutela diritti teorici o illusori, ma diritti pratici ed effettivi. Questo principio riposa alla base della costruzione giurisprudenziale della Corte Europea.

Il caso riguarda uno dei mezzi attraverso cui è possibile rendere effettivo il diritto a un giusto processo, nella dimensione, chiarita in *Golder*, del diritto di accesso alle Corti, ossia la possibilità di prevedere il patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti di diritto civile.

Nuovamente il Governo inglese si difende asserendo che la Convenzione tutela diritti civili e politici e non deve essere interpretata in modo da conseguire sviluppi sociali ed economici in uno Stato membro.

La risposta della Corte chiarisce la dimensione dinamica dei diritti e il rifiuto di una visione ipostatizzata degli stessi. Se è vero, infatti, che la realizzazione dei diritti sociali ed economici dipende in larga misura dalle politiche e dalla situazione economico-finanziaria di ogni Stato Membro, pure la Convenzione deve essere interpretata alla luce delle condizioni attuali e mira a tutelare le persone in modo "reale e concreto". Se è vero, insomma, che la Convenzione enuncia quelli che sono essenzialmente diritti civili e politici, molti di essi hanno implicazioni di natura sociale o economica<sup>14</sup>. La Corte sostiene dunque che quando una interpretazione di un diritto convenzionale porta a toccare la sfera dei diritti sociali ed economici, questa è pienamente ammissibile e non può essere vietata da una visione formalistica dei diritti, dato che "*there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention*".<sup>15</sup>

<sup>10</sup> *Tyler v. United Kingdom*, ricorso n. 5856/1972, 25 Aprile 1978, §31: «The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field».

<sup>11</sup> *Young, James e Webster v. United Kingdom*, ricorsi n. 7601/76 e 7806/77, 13 agosto 1981. Il caso è relativo ai cosiddetti "closed shop agreement" secondo cui i lavoratori, per effetto della loro forzata appartenenza sindacale, non erano liberi di dissentire dalla posizione adottata dal sindacato in loro rappresentanza.

<sup>12</sup> I testi di tutti i lavori preparatori alla Convenzione sono digitalizzati e consultabili tramite il sito della Corte: [https://www.echr.coe.int/Documents/Library\\_TravPrep\\_Table\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Library_TravPrep_Table_ENG.pdf).

<sup>13</sup> *Airey v. Ireland*, ricorso n. 6289/73, 9 ottobre 1979.

<sup>14</sup> *Airey v. Ireland*, §26: "Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature".

<sup>15</sup> *Ibidem*.

### 3. La critica alle generazioni di diritti: le prestazioni sociali come “proprietà convenzionali”

Ora, questa affermazione della Corte è altamente significativa. La teoria tassonomico-generazionale dei diritti, elaborata da Vašák (VAŠÁK 1977)<sup>16</sup> era di poco precedente rispetto alla decisione in *Airey* e la classificazione proposta appariva pratica e persuasiva. D'altra parte trovava piena conferma, per quanto riguarda i diritti di prima generazione (diritti civili e politici) e di seconda generazione (diritti economici e sociali), nei corrispondenti patti firmati nel 1966: l' *International Covenant for Civil and Political Rights*, ICCPR<sup>17</sup> e l' *International Covenant for Economic, Social and Cultural Rights*, ICESCR<sup>18</sup>. La netta distinzione tra i due Patti risiede proprio negli obblighi derivanti dal rispettivo articolo 2.1 di entrambi i documenti per gli Stati Membri. Mentre la disposizione pertinente dell'ICCPR prevede un obbligo perentorio nel richiedere agli Stati il “rispetto e la garanzia” dei diritti sanciti nel Patto, l'ICESCR prevede, invece, un obbligo programmatico, vincolando gli Stati parte paesi solo a “prendere provvedimenti” tendenziali per l'adempimento delle disposizioni del Patto<sup>19</sup>.

La riflessione sulla categorizzazione dei diritti si amplierà poi a ricomprendere tutta una serie di differenti tassonomie, dalla più famosa tra diritti positivi e negativi (BERLIN 1990), alla distinzione tra diritti individuali e collettivi, tra responsabilità a livello nazionale e a livello internazionale etc... che contribuiranno a rafforzare il livello di persistenza semantica della concezione genealogica dei diritti.

Come ricorda PINO (2013), d'altronde, la teoria genealogica è costruita come una sorta di “apologia”, nel senso che «le ricostruzioni delle categorie dei diritti in termini di diverse e successive generazioni hanno sovente l'andamento suasoivo di un racconto edificante o, a seconda dei casi, ammonitore»<sup>20</sup>. Edificante in quanto il succedersi dei diritti è costruito con il verificarsi di magnifiche sorti e progressive; ammonitore in quanto al proliferare delle generazioni dei diritti si accompagna una sorta di diluzione dell'importanza degli stessi: «i diritti delle prime due generazioni sono i veri diritti, quelli più importanti, mentre i diritti di terza o quarta generazione sono solo delle brutte copie, degli abusi retorici, e dei rischi per l'integrità dei “veri” diritti»<sup>21</sup>.

Sarà proprio la necessità di ragionare intorno a “diritti pratici ed effettivi” e non “teorici o illusori”, ossia il grande perno di tutta la produzione giurisprudenziale e dell'intero sistema di tutela dei diritti della Corte EDU, a costituire il versante critico più evidente alla costruzione dei diritti “per generazioni”. Il faro dell'effettività, infatti, riduce notevolmente, nell'interpretazione

<sup>16</sup> Come ben ricordato da PINO (2013, 97-98, nota n. 31): «Nella letteratura che impiega lo schema della successione delle generazioni di diritti, a dire il vero, sono presenti due differenti convenzioni classificatorie. In base ad una prima impostazione, vi sarebbe una prima generazione composta dai diritti di libertà (civili e politici), una seconda generazione composta dai diritti sociali, una terza generazione composta da diritti “collettivi” e di solidarietà (diritto allo sviluppo, all'ambiente salubre, alla pace...); questa impostazione sembra avere origine in [VAŠÁK 1977], e ha influenzato soprattutto la letteratura anglosassone...In base ad una seconda impostazione, che è stata seguita nel testo, i diritti della prima generazione sono i diritti civili, i diritti della seconda generazione sono i diritti politici, i diritti della terza generazione sono i diritti sociali, e i diritti di quarta generazione sono tutti gli altri».

<sup>17</sup> UN General Assembly (1966a) International Covenant on Civil and Political Rights. <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf>.

<sup>18</sup> UN General Assembly (1966b) International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights. <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>.

<sup>19</sup> L'art. 2.1 ICCPR recita: «Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals», mentre l'art. 2.1 ICESCR afferma: «Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures». Lo stemperarsi di questa distinzione è testimoniato dal fatto che nel 2008 è stato proposto un protocollo aggiuntivo all'ICESCR per le Parti che vogliono elevare il ruolo dei diritti sociali, economici e culturali a quello dei diritti civili e delle libertà politiche (SENYONJO 2011).

<sup>20</sup> PINO 2013, 97-98.

<sup>21</sup> Ivi, 98. Su questo filone critico, si vedano ZOLO 2003 e BIN 2000.

della Corte, la portata della distinzione tra diritti di prima e di seconda generazione, sin dalla sentenza *Airey* del 1979.

In virtù di questa precisa scelta interpretativa, la Corte ha costruito nel tempo una giurisprudenza dinamica ed evolutiva che è andata a toccare in maniera diretta la possibilità di godere delle prestazioni e delle misure di welfare. Questo è stato fatto in relazione a vari articoli della Convenzione, ma trova un punto di dinamica strategia argomentativa volta a garantire l'effettività dei diritti nell'uso dell'art. 1 Protocollo I della Convenzione, il diritto di proprietà<sup>22</sup>, un diritto che, significativamente, non era ricompreso nel testo originale della Convenzione e viene inserito solo successivamente attraverso il Protocollo Opzionale.

È interessante notare come tale fenomeno ricalchi il processo argomentativo-interpretativo seguito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti quando, negli anni Settanta, ha iniziato a costruire la propria giurisprudenza sulle misure del welfare come diritti azionabili dai singoli (SUNSTEIN 2004).

Nella sentenza del 1970 *Goldberg c. Kelly*<sup>23</sup> la Corte Suprema affermava, infatti, per la prima volta, che le prestazioni sociali costituiscono una sorta di “nuove proprietà”, che godono della protezione della *due process clause* (la clausola del giusto processo costituzionale). Il caso originava dal rifiuto di fornire un'udienza prima di rimuovere chiunque dai cosiddetti *welfare rolls* (le liste dei beneficiari delle misure e delle tutele dello Stato sociale statunitense). In base alla *due process clause*, il diritto ad avere un'udienza (ossia un concreto rimedio giurisdizionale) era collegato alle dimensioni relative alla “vita, libertà o proprietà” di una persona. Tradizionalmente le prestazioni sociali, considerate un mero beneficio e non un diritto (REICH 1964), non risultavano coperte dalla clausola del *due process*.

In *Goldberg*, la Corte Suprema degli Stati Uniti abbandona per la prima volta la distinzione “diritto-beneficio” e stabilisce che le misure collegate al welfare costituiscono una forma di “proprietà costituzionale”<sup>24</sup> (SUNSTEIN 2004), dal momento che: «dalla sua fondazione, l'impegno fondamentale della Nazione è stato quello di promuovere la dignità e il benessere di tutte le persone all'interno dei suoi confini»<sup>25</sup>. In una nota a piè di pagina, la Corte afferma che «può essere realistico oggi considerare i diritti sociali come “proprietà” più che come “mancia”. Gran parte della ricchezza esistente di questo paese prende la forma di diritti che non cadono all'interno dei tradizionali concetti di proprietà di diritto comune»<sup>26</sup>.

Il processo di argomentazione strategica seguito dalla Corte EDU riecheggia queste parole. Anche nel contesto convenzionale non si impone direttamente agli Stati di prevedere specifici strumenti di welfare e se in un primo momento il diritto a fruire di una particolare prestazione sociale è stato considerato alla stregua di un diritto di proprietà tutelato ai sensi dell'articolo 1 del citato Protocollo addizionale solo in presenza di un collegamento diretto tra il livello dei contributi versati e le prestazioni concesse (*Müller c. Austria*<sup>27</sup>), in una serie di casi successivi la Corte ha costantemente affermato che anche una prestazione sociale in un regime non contributivo potrebbe costituire una “proprietà” ai fini dell'articolo 1 del Protocollo n. 1<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Articolo 1 Protocollo Addizionale alla CEDU, Tutela della Proprietà: «1. Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. 2. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties».

<sup>23</sup> *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

<sup>24</sup> Ivi, § 265: «Public assistance, then, is not mere charity, but a means to promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity».

<sup>25</sup> Ivi, §§ 264-265.

<sup>26</sup> Ivi, § 262, nota n. 8.

<sup>27</sup> *Müller c. Austria*, ricorso n. 5849/72, 16 Dicembre 1974.

<sup>28</sup> Si vedano: *Bucheň v. the Czech Republic*, no. 36541/97, 26 novembre 2002, § 46; *Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, ECHR 2003-X, § 37; *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands* (dec.), no. 34462/97, 3 ottobre 2000, § 46; *Van den*



Spesso la decodifica giuridica di questi casi porta la Corte a osservarli nell'ottica del combinato disposto dell'art. 1 del Protocollo n. 1 come connesso all'art. 14 della Convenzione, ossia al divieto di discriminazioni (ROMEO 2011). Il ragionamento della Corte è strutturato secondo una linea argomentativa che parte dal constatare che l'art. 1 non attribuisce *ex se* l'obbligazione positiva per gli Stati di approntare prestazioni assistenziali o previdenziali (né tantomeno impone l'istituzione di un sistema di sicurezza sociale a struttura contributiva o a fiscalità generale), tuttavia, nel momento in cui il singolo Stato abbia istituito tali sistemi, questi ingenerano un interesse economico (e una legittima aspettativa) in tutti coloro soddisfino i requisiti per accedere alle misure previste a parità di condizioni e in regime di non discriminazione.

#### 4. Il diritto alla residenza nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU. Un diritto dai molti volti, ma ancora in costruzione

Il diritto a stabilire la residenza in un luogo prescelto, sul piano sostanziale e formale, è un diritto che può essere decodificato, all'interno della trama convenzionale, in due diverse disposizioni. Da un lato, infatti, è possibile determinarne la portata all'interno dell'art. 8 della Convenzione<sup>29</sup>, ossia al diritto alla vita privata e familiare, dall'altro, con l'entrata in vigore del Protocollo IV alla Convenzione, è possibile affrontare il tema del diritto alla residenza nell'ambito dell'art. 2 del Protocollo stesso<sup>30</sup>, ossia al diritto di libertà di movimento e di stabilire liberamente la propria residenza all'interno degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

Sebbene vi sia una indubbia relazione tra questi due diritti, non è possibile applicare gli stessi criteri a entrambe le previsioni. L'articolo 8 non può essere interpretato nel senso di conferire il diritto a vivere in una determinata località<sup>31</sup>, mentre l'articolo 2 § 1 del Protocollo n. 4 sarebbe privo di qualsiasi significato se non richiedesse agli Stati membri di tenere conto delle preferenze individuali in tema di residenza<sup>32</sup>.

Abbiamo scelto di affrontare la questione del diritto di residenza a partire dall'analisi di due sentenze recenti relative, rispettivamente, all'art. 8 e 2 §1 Protocollo n. 4, in modo da verificare e presentare la prospettiva argomentativa che la Corte Europea sta impiegando in questa materia.

Il primo caso, *Garib v. the Netherlands*, mette in discussione la legislazione che permetteva ad alcuni municipi olandesi, tra cui Rotterdam, di selezionare i nuovi residenti in base alle fonti di reddito per aree designate della città e in corrispondenza a un piano di de-ghettizzazione urbana (la cosiddetta «Legge sui problemi dei centri urbani»)<sup>33</sup>. La ricorrente nel caso *Garib* era una gio-

*Bouwhuijsen and Schuring v. the Netherlands* (dec.), no. 44658/98, 16 dicembre 2003.

<sup>29</sup> Articolo 8 CEDU – Diritto al rispetto per la vita privata e familiare: «1. *Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.* 2. *There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*».

<sup>30</sup> Articolo 2, Protocollo N. 4 CEDU: «1. *Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.* 2. *Everyone shall be free to leave any country, including his own.* 3. *No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of order public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.* 4. *The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society*».

<sup>31</sup> *Ward v. the United Kingdom* (dec.), no. 31888/03, 9 novembre 2004 e *Codona v. the United Kingdom* (dec.), no. 485/05, 7 febbraio 2006.

<sup>32</sup> *Garib v. the Netherlands* [GC], no. 43494/09, ECHR 2017, §§ 140-141.

<sup>33</sup> Si tratta di una normativa dovuta alla necessità affrontare i crescenti problemi sociali nelle zone interne di Rotterdam, derivanti dall'impoverimento causato dalla disoccupazione e dalla tendenza a trasferire altrove le attività

vane madre single, di nazionalità olandese, che, abitando dal 2005 in un immobile nel quartiere di Tarwewijk (area designata di Rotterdam dal 2006, secondo la nuova normativa), chiedeva un *housing permit* nel quartiere stesso. Tuttavia, la sua domanda veniva respinta con una doppia motivazione. Da un lato, infatti, il rigetto veniva motivato sulla base del fatto che la ricorrente non era stata residente nella regione metropolitana di Rotterdam per il periodo richiesto (5 anni). Dall'altro, si notava che la ricorrente non soddisfaceva il requisito di reddito previsto dalla legislazione (dal momento che, come disoccupata, beneficiava di misure di sicurezza sociale, ma non aveva ulteriori fonti di reddito proprie). I successivi ricorsi interni non venivano accolti e la ricorrente si rivolgeva, quindi, alla Corte EDU.

Dopo la decisione di non violazione della Camera semplice, nel settembre 2016 il caso veniva deferito alla Grande Camera su richiesta della ricorrente. La Grande Camera confermava la decisione di non violazione basandosi, da un lato, sull'ampio margine di apprezzamento rimesso agli Stati in una materia così complessa e difficile come quella dello sviluppo delle grandi città, dall'altro sulla legittimità dell'interferenza nel godimento del diritto a scegliere liberamente la propria residenza. In particolare, tale interferenza era considerata legittima in quanto la legislazione era stata promulgata dalle autorità olandesi, al fine di risolvere i problemi dei disordini sociali riscontrati nei quartieri più svantaggiati, incoraggiando una maggiore *mixité* sociale e promuovendo così la “deghettizzazione” di tali aree urbane. Tale provvedimento consentiva alle autorità di subordinare il trasferimento in alcune zone al rilascio di un'autorizzazione alla residenza per l'ottenimento della quale era richiesto un certo livello di reddito.

La Corte riconosceva che il rigetto dell'istanza della ricorrente da parte delle autorità nazionali potesse essere considerato come un'interferenza con la sua libertà di scelta della residenza, come garantita dall'art. 2 del Protocollo n. 4, ma valutava tale interferenza legittima. La decisione della maggioranza (presa per 12 voti su 17) veniva corredata da ben 3 opinioni dissenzienti che discutono, in particolare dell'analisi *in abstracto* compiuta dalla Corte. La Corte si sarebbe limitata, infatti, a considerare la legittimità delle misure generali, senza andare a testare i loro effetti in concreto sulla situazione individuale della ricorrente. Nello specifico, tali effetti sarebbero stati quelli di perpetrare una discriminazione indiretta di tipo istituzionale, nella forma specifica (e insidiosa, perché ancora scarsamente riconosciuta) della discriminazione basata sulla precarietà o marginalità sociale.

In particolare, l'opinione dissenziente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque<sup>34</sup> discute la stessa legittimità della politica urbana perseguita dalla legislazione olandese. Ciò che la maggioranza della Corte vede e interpreta come una misura di riqualificazione urbana, dettata dalla *ratio* di contribuire alla de-ghettizzazione di aree disagiate e di promuovere la *mixité* sociale, appare, invece, per le modalità con cui viene elaborata, come una misura di gentrificazione (GLASS 1964) portata avanti attraverso il concetto di ordine pubblico interpretato sulla base della voluta confusione dei piani socio-economico e penale.

Come afferma Pinto de Albuquerque:

«It would thus appear that the relevant housing policy actually stems from the perpetuation of confusion between poverty and public order offences and is testament to a real phobia of the poor, giving rise to deep-rooted negative stereotypes. It can be noted in this connection that the cause of incivility and other social disorder in the areas concerned by the legislation has been attributed to individuals who have no work income. While there is no doubt that it is commendable to ensure a social mix, it is nevertheless a somewhat dangerous short-cut to assimilate poverty with insecurity – or even criminality».<sup>35</sup>

economica lucrative. Le autorità nazionali cercavano con tale normativa di invertire queste tendenze favorendo i nuovi residenti il cui reddito era legato a un'attività economica. L'intenzione era quella di promuovere la diversità e di contrastare la stigmatizzazione di particolari aree urbane come adatte solo ai gruppi sociali più svantaggiati.

<sup>34</sup> *Garib v. the Netherlands, Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, joined by Judge Vehabović.*

<sup>35</sup> *Garib v. the Netherlands*, §8.

Insomma, prosegue Pinto de Albuquerque, tale politica urbanistica olandese viene fondata sull'assimilazione del concetto di povertà a quello di insicurezza sociale attraverso la nozione di ordine pubblico. Nozione quanto mai ambigua e spesso utilizzata dagli Stati membri per ancorare e ampliare il margine di apprezzamento a loro rimesso nel sistema convenzionale, ma che va, invece, decodificata nella sua dimensione dinamica. Appare, infatti, sempre più consolidata una lettura diversa dell'ordine pubblico, come necessariamente integrante una dimensione internazionale.

Si tratta, insomma, di quel concetto di “ordine pubblico internazionale” che anche la Corte EDU ha elaborato come fondamento comune europeo<sup>36</sup>, che comprende necessariamente la Convenzione EDU, così come interpretata dalla Corte, così come il diritto dell'Unione Europea.

In questo senso, il concetto storico di *ordre public* (PALAIA 1974; BARILE 1953; GROSSI 2008), dalla sua genesi strettamente legata ai poteri di polizia nel *Code Napoléon*<sup>37</sup>, si è evoluto in maniera dinamica a ricomprendere il complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria<sup>38</sup>. Il legame, pur sempre necessario con l'ordinamento nazionale, invece, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dal diritto interno, oltretutto – laddove compatibili con essa (come nella materia in esame) – dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

D'altra parte, come mostra l'*Explanatory Report* sull'art. 2 Protocollo n.4 (CoE, 1963) la costruzione del diritto di scegliere liberamente la propria residenza, in quanto diritto relativo, ammette limitazioni, come espressamente previsto. Tuttavia queste limitazioni non possono derivare da ragioni di puro interesse economico, così rifiutando espressamente la interpretazione mercantile<sup>39</sup> del diritto in questione.

Passando quindi all'applicazione del principio di effettività della tutela a livello individuale, dal momento che, come la Corte ha affermato per la prima volta espressamente nella causa *Handyside c. Regno Unito*, la tutela convenzionale: «covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court»<sup>40</sup>, è necessario prendere in considerazione gli effetti della misura a livello individuale.

Tali effetti, dice il giudice dissenziente, assumono la veste di una discriminazione intersezionale con base nella precarietà sociale della ricorrente, donna single, madre di due bambini, priva di reddito e percettrice di sussidio sociale.

Il concetto di discriminazione intersezionale, nato all'interno della riflessione femminista (CRENSHAW 1989) si basa sull'idea che in una condizione di svantaggio, la stratificazione dei gradi di discriminazione progressiva sia più che proporzionalmente focalizzata sulle persone

<sup>36</sup> Segnatamente a partire dalla sentenza *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 marzo 1995, § 75, Series A no. 310. Si veda, a tale proposito l'estesa ricostruzione della nozione europea di ordine pubblico svolta da DZEHTSIAROU 2021.

<sup>37</sup> Già, infatti, il *Code Napoléon* (art. 6) stabiliva che «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs». Così anche il codice civile italiano del 1865, dopo aver dettato alcune regole di diritto internazionale privato disponeva (art. 12 disp. prel.): «Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alla leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle legge riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume». Si introduceva, quindi quella funzione di limite dell'ordine pubblico alla introduzione di norme e istituti di diritto tale limite deriva non dalla necessità di garantire indistinte esigenze della coscienza sociale di una determinata comunità statale, ma da quella di impedire ogni deroga nell'applicazione di norme e principi essenziali.

<sup>38</sup> Se prendiamo l'esempio dell'ordinamento giuridico italiano, questa impostazione è stata affermata da Cassazione, Sez. I, 30/09/2016, n. 19599.

<sup>39</sup> *Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*, §14.

<sup>40</sup> *Handyside v. the United Kingdom*, 7 dicembre 1976, § 49.

meno protette e più esposte a livello sociale ed economico. In questo contesto, donne e straniere/i subiscono i più alti livelli di discriminazione (SEN 2001).

Insomma, il fenomeno della discriminazione intersezionale appare più insidioso di quello della discriminazione multipla (in cui molteplici fattori di discriminazione si manifestano in un caso di discriminazione nei confronti di una stessa persona), perché la compresenza di fattori di discriminazione non comporta un semplice aumento delle probabilità di discriminazione, ma ogni fattore è capace di rafforzare l'altro in un meccanismo di autogenerazione discriminatoria (FREDMAN 2016)<sup>41</sup>.

L'ulteriore particolarità di questa discriminazione è quella di costituire una discriminazione istituzionale indiretta. Nell'articolazione ermeneutica della Corte EDU<sup>42</sup>, la discriminazione indiretta è definita a partire dal risultato sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, anche se formulata in termini neutrali, ha un particolare effetto discriminatorio su uno specifico gruppo di individui (*Biao c. Danimarca* [GC], 2016, § 103; *D.H. e altri c. Repubblica Ceca* [GC], 2007, § 184; *Sampanis e altri c. Grecia*, 2008, § 67).

La discriminazione indiretta, inoltre, non richiede necessariamente un'intenzione discriminatoria (*Biao c. Danimarca* [GC], 2016, § 103; *D.H. e altri c. Repubblica Ceca* [GC], 2007, § 184).

Le discriminazioni istituzionali, invece, sono definite dal Glossario UNAR come quelle discriminazioni che si producono

«quando un ente pubblico o una qualsiasi altra istituzione manca di fornire un servizio appropriato e professionale o prevede una norma o un regolamento che pregiudicano una particolare categoria di persone si configura una discriminazione istituzionale. La principale caratteristica di questa forma di discriminazione è che si esplica in modo impersonale attraverso regolamenti, procedure e prassi».

Fenomeni di discriminazioni istituzionali indirette si rinvengono principalmente nella forma di discriminazioni nell'accesso alle tutele sociali. Nello specifico, la norma neutrale e il trattamento differenziale sfavorevole si manifestano attraverso l'inserimento, rivolto a tutti e quindi "neutro", di requisiti che invece incidono in maniera più che proporzionale su una parte della popolazione.

La principale caratteristica delle discriminazioni istituzionali è data dall'amplificazione del fenomeno della "normalizzazione della discriminazione" (CIUFFOLETTI 2018). Istituzionalizzare le discriminazioni, infatti, ossia renderle pratica ordinaria di enti pubblici, nazionali o locali, offusca la capacità delle vittime di percepirsi come persone discriminate. La mancata percezione della discriminazione da parte delle vittime deriva, infatti, dal semplice principio dell'affida-

<sup>41</sup> Fredman distingue tra: 1) discriminazione multipla sequenziale – quando una persona subisce una discriminazione per motivi diversi in occasioni separate, 2) discriminazione multipla aggiuntiva – quando una persona subisce una discriminazione nella stessa occasione ma per due motivi diversi e non intersecati fra loro e 3) discriminazione intersezionale che si produce quando due o più motivi operano contemporaneamente e interagiscono in modo inseparabile, dando vita a forme di discriminazione distinte e specifiche. Ad esempio, una giovane donna rom è discriminata sul mercato del lavoro perché è rom e viene percepita come "pericolosa", perché è una donna, ed è quindi "destinata ad avere presto dei figli", e perché è giovane e quindi inesperta. In particolari circostanze, la combinazione di questi fattori crea una sinergia negativa, cosicché la discriminazione non può essere intesa come la sola aggiunta di criteri. Essendo considerata inesperta e incompetente, la donna condivide con i giovani alcune esperienze di discriminazione; essendo assunta in un ruolo tradizionale, condivide esperienze con altre donne; ed essendo percepita come pericolosa, condivide esperienze con tutti i Rom, compresi gli uomini. Tuttavia, è la particolare intersezione di tutti questi fattori che rende il suo caso individuale.

<sup>42</sup> Che si è sviluppata, conviene ricordarlo, in parallelo rispetto alle definizioni contenute nella Direttiva del Consiglio UE 29.06.2000 n. 2000/43/CE, Parità di trattamento indipendentemente dalla razza e origine etnica, art. 2.2, c.d. direttiva "Razza" (si noti che ai fattori summenzionati si deve aggiungere la nazionalità ex art. 43 d.lgs. 286/1998) e nella Direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, c.d. direttiva "Occupazione".

mento che i soggetti ripongono nell'agire legittimo delle istituzioni e della pubblica amministrazione (GIDDENS 1990; ARENA 2005; LUHMANN 2002).

Basandosi su queste dimensioni tipiche delle discriminazioni istituzionali indirette e dell'intersezionalità data dall'analisi della particolare condizione della ricorrente, la Corte avrebbe potuto valorizzare, secondo il principio dell'effettività della tutela, le ricadute concrete della normativa olandese in base agli effetti sul piano individuale. In particolare la lesione del diritto di residenza della ricorrente andava letta nella sua dimensione discriminatoria con base nella precarietà economica e nella caratteristica intersezionalità del caso concreto, riuscendo a valutare in concreto la specifica vulnerabilità contestuale della vittima della discriminazione: donna, single, madre di due figli, socialmente ed economicamente fragile.

Se sul piano dell'art. 2 Protocollo n. 4 sembra che la Grande Camera della Corte EDU non si sia confrontata con la dimensione dell'effettività delle tutele, un altro caso può servire a gettare una luce sulla reale portata della tutela dei diritti convenzionalmente protetti in relazione alla dimensione della residenza.

Si tratta del caso *Hoti v. Croatia*<sup>43</sup> che riguardava un ricorrente apolide, nato nella regione autonoma del Kosovo, nel territorio dell'ex Jugoslavia. I genitori del ricorrente erano rifugiati politici provenienti dall'Albania. Nel 1979 il ricorrente si era trasferito in Croazia. In seguito alla disgregazione dell'ex Jugoslavia, il suo status di regolarità sul territorio era passato attraverso molte fasi e regimi giuridici e le sue richieste di regolarizzazione e di iscrizione nel registro della popolazione residente erano state costantemente rigettate. Il ricorrente si trovava, quindi, nell'impossibilità di dimostrare la situazione di residenza continuata e di regolarizzare così definitivamente il proprio status sul territorio croato.

Basandosi sull'*amicus curiae* dell'UNHCR<sup>44</sup>, il ricorrente sosteneva, infatti, che, a seguito del rigetto della cittadinanza croata e rimasto privo di qualsiasi status giuridico che gli garantisse il diritto di soggiorno in Croazia, aveva di fatto perso l'accesso ai diritti sociali ed economici, come i diritti connessi al lavoro e le prestazioni sociali a esso associate, il diritto all'assicurazione sanitaria e alle prestazioni pensionistiche. Inoltre, se identificato dalla polizia, poteva essere soggetto a detenzione fino a diciotto mesi ed eventualmente alla misura dell'espulsione dal territorio nazionale.

La Corte esamina il caso sulla base della propria giurisprudenza in materia di stranieri ai quali, nonostante i molti anni di "residenza effettiva" in un paese ospitante, non veniva garantita una procedura di regolarizzazione del proprio status di residenza.

Contrariamente al caso precedente la Corte si misura con gli effetti concreti della legislazione croata sulle condizioni di vita del ricorrente, valorizzando il fatto che lo stesso permaneva nella sua situazione di disoccupazione in quanto la prospettiva di trovare un lavoro era di fatto ostacolata dalla mancata regolarizzazione del proprio status connesso alla residenza. La stessa possibilità di ottenere una normale assicurazione malattia o diritti pensionistici risultava compromessa. In tali circostanze, in particolare in considerazione dell'età avanzata del ricorrente e del fatto che egli aveva vissuto in Croazia per quasi quarant'anni senza avere alcun legame formale o di fatto con nessun altro paese, l'incertezza dello status aveva influito negativamente sulla sua vita privata.

In questo caso, il ragionamento della Corte è costruito attraverso la logica delle obbligazioni positive dello Stato ai fini dell'effettivo godimento di un diritto convenzionale, l'art. 8 della Convenzione. La Corte conclude affermando il mancato rispetto, da parte dello Stato convenuto, dell'obbligo positivo di prevedere una procedura efficace e accessibile o una combinazione di procedure tale da consentire al ricorrente di regolarizzare le questioni relative alla residenza e al

<sup>43</sup> *Hoti v. Croatia*, n. 63311/14, 26 aprile 2018.

<sup>44</sup> UNHCR Amicus Curiae: *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of Bedri HOTI. v. Croatia (Application No.63311/14)*, 3 luglio 2015, consultabile presso: <https://www.refworld.org/publisher,UNHCR,AMICUS,SRB,560a2cdb4,o.html>.

proprio *status* migratorio in Croazia, tenendo debitamente in conto i suoi interessi privati ai sensi dell'articolo 8.

Seppur in questo caso fosse richiesto anche l'accertamento della violazione della tutela antidiscriminatoria, la Corte si accontenta della violazione dell'art. 8 della Convenzione e non si addentra nell'analisi della discriminatorietà intrinseca delle politiche e della legislazione croata.

## 5. Conclusioni

La lettura congiunta di questi due casi, mostra come la natura dinamica e ampia della tutela offerta dall'art. 8 della Convenzione è capace di alimentare la costruzione argomentativa della Corte in una fattispecie, quella del diritto di residenza, letta nella sua dimensione di elemento profondamente legato alla vita privata e all'autodeterminazione.

Al contempo ci permette di saggiare l'efficacia strategica nell'uso dei consolidati principi argomentativi della Corte, in particolare per quanto riguarda l'effettività della tutela. La decisione in *Garib*, infatti, appare particolarmente carente proprio sul fronte dell'individualizzazione della risposta giudiziale, dell'analisi del caso concreto e della effettiva tutela individuale offerta dalla Convenzione.

Le tre *dissenting opinions*, mostrano come «l'occasione perduta è quella che conta»<sup>45</sup> e come appaia prevedibile, in un futuro prossimo, la costruzione di una nuova argomentazione sulla portata del diritto di scegliere liberamente la propria residenza, di cui all'art. 2 Protocollo n.4, che tenga in debita considerazione la dimensione personale dell'interferenza e l'eventuale connessione con la clausola antidiscriminatoria di cui all'art. 14 della Convenzione.

Infine, una lettura che valorizzi la giurisprudenza europea ormai consolidata in tema di accesso alle prestazioni sociali come “proprietà convenzionali”, potrebbe ricostruire il nesso funzionale tra diritto di stabilire la propria residenza e accesso alle prestazioni sociali stesse. In questo senso molte delle dimensioni problematiche in tema di accesso alla residenza nei contesti nazionali europei si prestano a essere codificate e costruite sulla base di questa connessione.

<sup>45</sup> È una frase tratta da DE SAINT EXUPERY 1948, come citato nella *Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*.

*Riferimenti bibliografici*

- ADAR Y., SHALEV G. 2007. *The Law of Remedies in a Mixed Jurisdiction: The Israeli Experience*, in «Tulane European and Civil Law Forum», 23, 2007, III ss.
- ARENA G. 2005. *Comunicazione pubblica e fiducia*, in «Rivista Italiana di Comunicazione Pubblica», 25, 2005, 10 ss.
- ATKINSON R., BRIDGE G. 2005. *Gentrification in a Global Context: The New Urban Colonialism*, Routledge.
- BAKER J.H. 2002. *An Introduction to English Legal History*, Oxford University Press.
- BARILE G. 1953, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, CEDAM (1953).
- BATES E. 2011. *The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights*, in CHRISTOFFERSEN J., MADSEN M. R. (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford; online ed., Oxford Academic, 22 September 2011.
- BIANCHI A., PEAT D., WINDSOR M. (eds.) 2015. *Interpretation in International Law*, Oxford University Press.
- BIN R. 2000. *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, 15 ss.
- BERLIN I. 1990. *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press.
- BLACKSTONE W. 1765-1769. *Commentaries on the Laws of England* 23, Clarendon Press.
- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, Einaudi.
- BOBBIO N. 1999. *Sui diritti sociali*, in ID., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, 458 ss.
- CARTABIA M. 2007. *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in EAD. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, 13 ss.
- CIUFFOLETTI S. 2018. *Dignità, pluralismo, antidiscriminazione. Decodificare e contrastare le discriminazioni giuridicamente rilevanti*, in ANCI Toscana (a cura di), *Contrastare le prassi discriminatorie con l'Antidiscriminazione. Manuale delle buone pratiche*, 21 ss.
- COUNCIL OF EUROPE 1963. *Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms Other than Those Already Included in the Convention and in the First Protocol Thereto*, Strasbourg, consultabile presso: <https://rm.coe.int/16800c92co>
- CRENSHAW K. 1989. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in «University of Chicago Legal Forum», 1, 1989, 139 ss.
- DE SAINT EXUPERY A. 1948. *Citadelles*, Gallimard.
- DZEHTSIAROU K. 2021. *Can the European Court of Human Rights Shape European Public Order?*, Cambridge University Press.
- DOMARADZKI S., KHVOSTOVA M. & PUPOVAC D. 2019. *Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse*, in «Human Rights Review», 20, 2019, 423 ss.
- DWORKIN R. 1992. *Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should Be Overruled*, in «University of Chicago Law Review», 59, 1, 1992, 381 ss.
- DWORKIN R. 1993. *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Alfred A. Knopf.
- FERRARA M. 2022. *I rapporti tra diritti di libertà e diritti sociali nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale scientifica.

- FREDMAN S. 2016. *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Role*, Directorate Justice and Consumers.
- GIDDENS A. 1990. *The Consequences of Modernity*, Polity Press.
- GLASS R. 1964. *London: Aspects of Change*, Macgibbon & Kee.
- GROSSI P. 2008. *Prima lezione di diritto*, Laterza.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e Argomentare*, Giuffrè.
- HARRIS D.J., O'BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M. 2018. *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press.
- KÄLIN W., KÜNZLI J. 2019. *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press.
- LETSAS G. 2007. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press.
- LETSAS G. 2010. *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer*, in «European Journal of International Law», 3, 509 ss.
- LUHMANN N. 2002. *La Fiducia*, il Mulino.
- MATTEI U. 1987. *Diritto e rimedio nell'esperienza italiana ed in quella statunitense. Un primo approccio*, in «Quadrimestre», 2, 1987, 341 ss.
- PALAIÀ N. 1974. *L'ordine pubblico «internazionale»*, Cedam.
- PINO G. 2013. *Crisi dell'età dei diritti?*, in «Etica & Politica / Ethics & Politics», XV, 1, 2013, 87 ss.
- PIZZORUSSO A. 2002. *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino.
- REICH C.A. 1964. *The New Property*, in «Yale Law Journal», 5, 1964, 733 ss.
- RODOTÀ S. 1990. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, il Mulino.
- ROMEO G. 2011. *Civil Rights v. Social Rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, in MEZZETTI L., MORRONE A. (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Giappichelli, 487 ss.
- SANTORO E. 2008. *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*, Giappichelli.
- SEN A. 2001. *The Nature and Consequences of Gender Inequality*, in BHANDARE M. C. (ed.), *Struggle for Gender Justice: Justice Sunanda Bhandare Memorial Lectures*, Penguin Books India, 122 ss.
- SSENYONJO M. 2011. *Reflections on State Obligations with Respect to Economic, Social and Cultural Rights in International Human Rights Law*, in «The International Journal of Human Rights», 6, 2011, 969 ss.
- SUDRE F. 2021. *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF.
- SUNSTEIN C. 2004. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, Basic Books.
- VAŠÁK K. 1977. *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, in «UNESCO Courier», 11, 29 ss.
- WELLMAN C. 1999. *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Westview Press.
- ZAGREBELSKY V. et al. 2022. *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino.
- ZOLO D. 2003. *Fondamentalismo umanitario*, in IGNATIEFF M. (a cura di), *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, 135 ss.