

11 maggio 2012

## Il matrimonio dello straniero e l'uso dei precedenti non nazionali nel giudizio di legittimità costituzionale

di Roberto Cherchi

Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico - Università di Cagliari

**ABSTRACT** La legge 94 del 2009 (il cosiddetto “pacchetto sicurezza”) ha modificato l’art 116 del codice civile, subordinando il matrimonio dello straniero alla regolarità del soggiorno. Tale norma, pensata per contrastare i matrimoni di comodo, si poneva tuttavia in contrasto con il diritto a contrarre matrimonio, protetto dalle Costituzioni come dalle carte internazionali dei diritti e considerato, quindi, un diritto fondamentale proprio del cittadino come dello straniero. Il giudizio di legittimità costituzionale relativo a una simile norma, in un sistema integrato di tutela dei diritti che coinvolge un livello nazionale (giudici comuni e Corti costituzionali) e un livello sovranazionale (Corte europea di giustizia dell’UE) può coinvolgere parametri normativi e argomenti interpretativi provenienti da ordinamenti diversi rispetto a quello nazionale. Nel caso di specie, un parere del Conseil Constitutionnel e la sentenza O’Donoghue della Corte europea dei diritti dell’uomo, relativi a norme di analogo tenore in Francia e nel Regno unito, deponevano nel senso della illegittimità di una simile previsione. In particolare, quest’ultimo precedente ha contribuito alla costruzione della motivazione della decisione di accoglimento della Corte costituzionale n. 345 del 2011. Non sono tuttavia da escludersi contesti in cui il precedente potrebbe indirizzare la Corte costituzionale nel senso della riduzione dello standard di tutela di un tale diritto. Pertanto, l’uso di precedenti giurisprudenziali non nazionali dovrebbe essere subordinato a due condizioni: in primo luogo tali precedenti dovrebbero essere invocati e utilizzati solo se da essi discenda una maggior protezione dei diritti costituzionali; in secondo luogo, l’uso dei precedenti dovrebbe concorrere a definire il contenuto e i confini dei diritti costituzionali, contribuendo a ridurre pro futuro il margine di discrezionalità insito nell’interpretazione per valori. The statute law 94/2009 (better known as “security bill”) has modified article 116 of the civil code, not admitting to marriage the undocumented aliens. This rule, that was approved in order to contrast the phenomenon of “fake marriages”, was in conflict with the right to get married, which is commonly considered a fundamental right of the individual, both citizen and alien. The valuation of the constitutionality of such rule may involve parameters and arguments coming from both the national legal system and the non

national ones. In this case, the Constitutional Court used a precedent of the European Court of Human rights (the O'Donoghue precedent) as an argument in decision 345/2011, that declared the unconstitutionality of such rule. Nonetheless, it may happen that the non national precedent might encourage the Constitutional Court to take a decision that might reduce the protection of a constitutional right. Therefore, we suggest that non national precedents should be used only in order to reinforce the protection of constitutional rights and, secondly, that these precedents should define the content and the boundaries of constitutional rights, helping to reduce the discretion of the Court in the future decisions.

### ***1) Il matrimonio dello straniero extracomunitario e la revisione dell'art. 116 c.c.***

L'art. 1, comma 15 della l. 94/2009 ha modificato l'art. 116 c.c., subordinando la celebrazione del matrimonio - oltre che al nulla osta dell'autorità consolare dello Stato di cui è cittadino lo straniero che intende sposarsi – alla presentazione di “un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano”[1]. Tale ultima disposizione è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 245 del 2011. La norma mirava a contrastare i cosiddetti matrimoni “di comodo”, celebrati al fine esclusivo di ottenere un permesso di soggiorno per motivi familiari e, in caso di matrimonio con un cittadino italiano, la cittadinanza italiana[2].

Il primo problema interpretativo che si è posto dopo l'entrata in vigore della disposizione è stato la precisazione dell'ambito soggettivo di applicazione della norma. Se infatti le disposizioni contenute nel testo unico per l'immigrazione sono sicuramente riferibili allo straniero extracomunitario e all'apolide, e non al cittadino di paese UE, qualche incertezza esisteva con riferimento a tale disposizione, data la sua collocazione nel codice civile. E' prevalsa la tesi secondo la quale la nuova disciplina sarebbe stata applicabile ai soli cittadini di paesi terzi e agli apolidi. In primo luogo, questa sembra essere stata l'intenzione del legislatore, considerato che le disposizioni sullo straniero contenute nella l. 94 del 2009 intervengono quasi esclusivamente sulla condizione giuridica dello straniero extracomunitario. In secondo luogo, la previsione dell'obbligo di presentare all'ufficiale dello stato civile un documento attestante la regolarità del soggiorno non sembra applicabile al cittadino di un paese dell'Unione europea che, per i soggiorni di durata non superiore a 90 giorni, è tenuto esclusivamente alla comunicazione della propria presenza sul territorio nazionale alla questura (in mancanza della quale si presumerà, salvo prova contraria, che lo straniero sia in Italia da più di novanta giorni). Questa interpretazione è stata confermata da una circolare del Ministero dell'Interno secondo la quale la nuova norma era da applicarsi al solo straniero extracomunitario[3]. Un secondo problema interpretativo è stato l'individuazione del presupposto delle pubblicazioni, ossia se esse fossero subordinate alla presentazione di un titolo di soggiorno, come si desume dalla lettera dell'art. 116 c.c., o se invece dovesse ritenersi sufficiente il mero fatto della

regolarità del soggiorno. Quest'ultima soluzione è da ritenersi più coerente con la *ratio legis* della novella all'art. 116 c.c.[4]

La disciplina testé ricostruita era apparsa, fin dalla sua entrata in vigore, di dubbia legittimità, poiché incideva – in forme di dubbia ragionevolezza – sul diritto costituzionale al matrimonio, diritto che, data la sua natura “fondamentale” o “inviolabile”, è proprio del cittadino come dello straniero[5]. La questione di legittimità è così giunta alla Corte costituzionale, attraverso un’ordinanza di rimessione del tribunale ordinario di Catania, che ha individuato come parametri del giudizio gli artt. 2, 3, 29, 31 Cost. (violazione del diritto al matrimonio, irragionevole disparità di trattamento tra cittadino e straniero nel godimento di un diritto fondamentale) e, come parametro interposto, l’art. 12 Cedu, la cui lesione avrebbe implicato la violazione indiretta dell’art. 117, co. 1 Cost.

In questo scritto ci si propone di ricostruire i parametri, i profili e gli argomenti di legittimità emersi nel dibattito antecedente la decisione della Consulta, la loro influenza sull’argomentazione della Corte costituzionale nella sentenza 245/2011, per concludere con una riflessione sull’uso dei parametri e degli argomenti nel quadro della tutela multilivello dei diritti fondamentali.

## **2) Il dibattito antecedente alla sentenza della Corte costituzionale n. 245 del 2011: la novella all’art. 116 c.c. e la Costituzione.**

Un primo filone di materiali normativi e argomenti di legittimità costituzionale, solo parzialmente ripresi dalla sentenza 245/2001, è di diritto interno.

In primo luogo, si è sostenuta in dottrina l’incompatibilità tra la novella all’art. 116 c.c. e il diritto al matrimonio di cui agli artt. 2 e 29 Cost. Si è così posto in evidenza che la nuova norma violava il diritto costituzionale al matrimonio in quanto non poneva limiti all’esercizio del diritto di alcuni soggetti, ma escludeva di fatto la capacità giuridica matrimoniale degli stessi. Inoltre, si è evidenziato che la limitazione imposta soddisfaceva l’interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori, ossia un interesse non ascrivibile all’“ordine pubblico matrimoniale”, categoria cui sono invece riconducibili le

norme che subordinano il matrimonio all’effettiva libertà di scelta dei nubendi (la libertà di stato, la capacità di intendere di volere, la maggiore età, salve le deroghe previste) o all’assenza di particolari condizioni dei nubendi (legami di affinità, parentela, filiazione naturale, adozione)[6]. La novella all’art. 116 c.c. tradiva, quindi, una visione panpubblicista dell’istituto matrimoniale che appariva in violazione dei “diritti della famiglia” come “società naturale fondata sul matrimonio”, in particolare dopo la sentenza n. 138 del 2010 sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, in cui si è accolta un’interpretazione garantista e antistatalista della formula “società naturale”[7].

In secondo luogo l’art. 116 c.c., così come novellato dalla l. 94/2009, appariva in violazione del principio di uguaglianza (nell’esercizio del diritto al matrimonio, ex artt. 2, 3 e 29 Cost.). E’ noto che neppure un’interpretazione rigorosa del principio di uguaglianza tra cittadino e straniero può indurre a escludere l’ammissibilità di qualsivoglia differenziazione, se non altro per l’oggettiva differenza esistente tra le condizioni di fatto in cui si trovano il cittadino e lo straniero in rapporto al territorio, da cui discende – ad esempio – che solo lo straniero e non il cittadino è destinatario delle norme su ingresso, soggiorno e allontanamento. La differenziazione del regime giuridico, tuttavia, è ammissibile solo è disposta in funzione di un interesse pubblico e sempre che non sia irragionevole; se poi la disparità di trattamento interferisce con i divieti di discriminazione di cui all’art. 3, comma 1 Cost. o con i diritti costituzionali dello straniero, la norma che incide sul diritto deve superare uno scrutinio stretto di ragionevolezza (sentt. n. 393/2006 e 249/2010)[8]. Ebbene, il novellato art. 116 c.c. non appariva adeguato a superare i test di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto in cui si articola lo scrutinio stretto di ragionevolezza. Sotto il primo profilo, la norma era infatti solo parzialmente idonea a impedire la celebrazione di matrimoni di comodo, in quanto non escludeva la celebrazione del matrimonio all’estero, innanzi a un’autorità straniera[9]. In secondo luogo, come chiarito dalla circolare 19/2009, la norma non escludeva la celebrazione del matrimonio nei primi tre mesi di soggiorno dello straniero che avesse fatto ingresso legale ai sensi dell’art. 1 l. 68/2007[10]. In terzo luogo, lo straniero irregolare avrebbe comunque potuto contrarre un matrimonio canonico, per poi chiedere successivamente le pubblicazioni e la trascrizione dello stesso[11]. In quarto e ultimo luogo, il novellato art. 116 c.c. non avrebbe potuto impedire la celebrazione di un matrimonio di comodo tra uno straniero regolarmente soggiornante e un cittadino, contratto al solo fine di conseguire la cittadinanza[12]. Per ciò che concerne il giudizio di “necessità”, la novella all’art. 116 c.c. appariva non integralmente necessaria a realizzare il fine perseguito, in quanto impediva il matrimonio dello straniero irregolare anche quando non si sarebbe prodotto alcun effetto indiretto sull’acquisto della cittadinanza o del permesso di soggiorno per motivi familiari: è il caso del matrimonio tra due stranieri irregolarmente soggiornanti[13]. Infine, con riferimento al giudizio di “proporzionalità in senso stretto”, il “costo” del sacrificio imposto all’interesse costituzionalmente protetto appariva eccessivo, in quanto il fine perseguito (la lotta ai matrimoni di comodo) poteva essere realizzato con mezzi meno invasivi, intervenendo *ex post* sugli effetti perseguiti. Alcune norme in questo senso, come evidenziato anche dalla sentenza 245/2011, erano già vigenti prima dell’entrata in vigore della legge 94/2009[14]. Peraltro, il controllo sugli effetti perseguiti dai coniugi è

auspicato anche da alcuni atti dell’Unione europea. Vengono in rilievo, in primo luogo, la risoluzione del Consiglio dell’Unione europea del 4.12.1997 “sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni finti”, in base a cui gli Stati membri sono stati invitati a individuare i matrimoni di comodo e a revocare o a non rilasciare i titoli di soggiorno che su tali matrimoni fossero fondati. La risoluzione reca anche un catalogo di sintomi della natura non genuina del matrimonio[15]. Parimenti, la direttiva 2003/86/CE sul riconciliazione familiare ha previsto la revoca o il mancato rinnovo del permesso di soggiorno che sia fondato su un matrimonio di comodo (a tale disposizione corrisponde, nell’ordinamento italiano, l’art. 30, co. 1-bis d. lgs. 286/1998). Infine la Commissione europea ha evidenziato che la direttiva 2004/38/CE non impedisce agli Stati membri di compiere indagini su casi individuali nei quali sussista un fondato sospetto di abuso. Le linee guida della Commissione europea relative alla migliore trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE su circolazione e soggiorno dei cittadini dell’Unione, infatti, hanno precisato che il diritto comunitario vieta i controlli sistematici, ma che gli Stati membri possono avvalersi di studi ed esperienze precedenti nei quali sia stata messa in luce una correlazione evidente tra i casi di comprovato abuso e determinate caratteristiche del rapporto di coppia, prima e dopo il matrimonio[16].

### **3) Il matrimonio dello straniero irregolare e gli artt. 8 e 12 Cedu.**

Un secondo filone di argomenti utilizzabili nel giudizio di legittimità del novellato articolo 116 c.c. discendono dall’interpretazione degli artt. 8 e 12 Cedu, che disciplinano rispettivamente il diritto alla vita privata e familiare e il diritto al matrimonio.

Come è noto, le norme che disciplinano i diritti della Cedu producono effetti sul territorio nazionale sotto un duplice profilo. In primo luogo, i diritti garantiti dalla Convenzione sono giustiziabili[17]. Il ricorso alla Corte dei diritti è ricevibile solo previo espletamento di tutti i rimedi interni: in questo senso, pertanto, la giurisdizione di Strasburgo si atteggi a “giurisdizione sussidiaria delle libertà”[18]. La Corte edu non può dichiarare l’illegittimità di una norma interna, ma può rilevare la lesione di un diritto garantito dalla Carta, cui consegue la condanna dello Stato al risarcimento del danno e l’obbligo di scegliere, sotto il controllo del comitato dei Ministri, le misure generali o individuali idonee a eliminare la violazione e le sue conseguenze (*Scozzari e Giunta v. Italia*, 13 luglio 2000; *Assanidze v. Georgia*, 8 aprile 2004)[19]. In secondo luogo, la Cedu costituisce, per il tramite della legge di esecuzione del trattato, parametro interposto tra l’art. 117, co. 1 Cost. e la norma oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, sia pure con una valenza meramente integrativa della Costituzione (Corte cost. sentt. 348 e 349 del 2007).

Date queste premesse, ci si è chiesti se la previsione del diritto al matrimonio di cui all'art. 12 Cedu fosse idonea a determinare l'invalidità dell'art. 116 c.c. In base alla lettera dell'articolo, il diritto al matrimonio può essere regolato e limitato dagli Stati. Tuttavia, mentre nella redazione dell'art. 8 Cedu (diritto alla vita privata e familiare) si è affermata espressamente l'esigenza di assicurare un ragionevole bilanciamento tra l'interesse sottostante al diritto alla vita privata e familiare e altri interessi (la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine pubblico e la prevenzione dei reati, la prevenzione della salute o della morale, la protezione dei diritti e delle libertà altrui), al contrario l'art. 12 Cedu si limita a prevedere un rinvio alla legge nazionale per la disciplina del diritto al matrimonio. L'estensione in via interpretativa dei limiti previsti per il diritto alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu) al diritto al matrimonio (art. 12 Cedu), è discutibile, perché costituirebbe una forma di analogia *in malam partem*, tale da privare il matrimonio di una autonoma disciplina rispetto al diritto alla vita privata e familiare[20]. In ogni caso, la Corte Cedu deve verificare, tanto con riferimento ai diritti qualificati come *inviolable core rights, personal freedoms o personal vital interests*, quanto con riferimento ai diritti per i quali la limitazione legislativa è ammessa, che il contenuto minimo, il nucleo duro del diritto, rimanga integro[21].

Dall'esame della giurisprudenza della Corte Cedu sul diritto al matrimonio è possibile enucleare due principi, coerenti con le premesse delineate. In primo luogo, la Corte Cedu ha sostenuto che le leggi nazionali “non devono restringere o ridurre l'estensione del diritto in forme o con un'intensità tale che l'intima essenza del diritto ne risulti intaccata”[22]: ogni limite sostanziale o procedurale all'esercizio del diritto, pertanto, non può tradursi nella sostanziale negazione del diritto[23]. In secondo luogo, per quanto sia previsto che spetta alla legge individuare i limiti all'esercizio del diritto, tali limiti devono essere ragionevoli e perseguire scopi legittimi[24]: se così non fosse, l'art. 12 Cedu vedrebbe frustrato il proprio effetto utile, che è quello di assicurare a tutte le persone il godimento di un nucleo minimo del diritto, indipendentemente da quanto previsto dalle leggi nazionali[25]. Dall'analisi della giurisprudenza si evince che sono da ritenersi ammissibili le limitazioni che perseguono interessi ascrivibili all'ordine pubblico matrimoniale[26]: in particolare, il divieto di poligamia[27], di matrimoni tra consanguinei[28] e l'imposizione di limiti di età[29], purché coerenti con il criterio dell’”età matrimoniale” di cui parla l'art. 12 Cedu, tendenzialmente coincidente in tutte le legislazioni europee con la maggiore età[30].

In altre decisioni si è valutata la compatibilità di limiti al diritto al matrimonio imposti per motivi non riconducibili all'ordine pubblico matrimoniale.

In un primo gruppo di decisioni tali limiti non sono stati ritenuti compatibili con il diritto al matrimonio. Nel caso *Selim c. Cipro*, la normativa cipriota non consentiva ai turco-ciprioti di religione mussulmana di contrarre matrimonio civile a Cipro. A causa di questo divieto, un cittadino turco decise di contrarre matrimonio con una donna rumena in Romania, lamentando la violazione degli artt. 12 e 14 Cedu (divieto di discriminazioni nell'esercizio del diritto al matrimonio). La Corte non arrivò a decidere sul punto in quanto il Governo cipriota raggiunse un accordo amichevole con il quale si impegnò a

pagare una somma di denaro al cittadino turco, a titolo di ristorazione del danno subito, e modificò la disciplina vigente consentendo a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro origine etnica, di contrarre matrimonio[31]. Analogamente, nel caso *Staiku c. Grecia*, in cui veniva impedito a una donna licenziata dall'esercito di sposarsi entro 5 anni, la Corte ha ribadito che il nucleo minimo del diritto deve essere preservato e non ha riconosciuto la limitazione come legittima[32]. Si pensi, inoltre, ai precedenti *Hamer c. Regno unito*[33] e *Draper c. Regno unito*[34]. Secondo il *Marriage Act* (1983), i detenuti britannici avrebbero potuto contrarre matrimonio solo fuori dalle mura carcerarie, e ciononostante la legge non prevedeva alcuna regola che garantisse il diritto del detenuto al permesso temporaneo per contrarre matrimonio. Nel primo caso in esame, il detenuto scontava una condanna a cinque anni di reclusione; nel secondo, il detenuto era stato condannato alla pena dell'ergastolo. In entrambi i casi la Commissione decise, con un giudizio confermato dal Comitato dei Ministri, che si era verificata una violazione del diritto al matrimonio, in quanto l'esigenza di sicurezza poteva essere soddisfatta anche consentendo ai detenuti di sposarsi nelle carceri, mentre la normativa vigente implicava un rinvio potenzialmente *sine die* della facoltà di contrarre matrimonio[35]. In seguito a queste decisioni, il Regno unito ha modificato il *Marriage Act* consentendo il matrimonio all'interno delle carceri.

Da un secondo gruppo di decisioni, invece, si evince che il matrimonio può essere bilanciato con interessi esterni all'ordine pubblico matrimoniale (come l'interesse alla regolazione dei flussi migratori), purché si sia in presenza di limiti ragionevoli e sempre che il sacrificio sia necessario e proporzionato in rapporto al bene giuridico protetto. Così nella decisione *Sanders c. Francia* del 16 ottobre 1996 l'opposizione di un pubblico ministero a uno specifico matrimonio che si supponeva essere di comodo non è stata ritenuta in violazione dell'art. 12 Cedu. Parimenti, nella decisione *Hassen Slimani c. Francia*, del 9 aprile 1997, si dichiarò irricevibile la richiesta di chi aveva perduto il titolo di soggiorno per effetto dell'annullamento del matrimonio[36]. Inoltre, nel caso *Klip e Kruger c. Olanda*, il ricorso proposto avverso la regola che imponeva ai nubendi la compilazione di un questionario di polizia, nel caso in cui uno dei due fosse straniero, è stato dichiarato irricevibile, in quanto l'imposizione di adempimenti volti a evitare la celebrazione di matrimoni di comodo non sarebbe irragionevole[37].

Di particolare interesse, infine, è il caso *Savoia e Bounegru c. Italia*[38]. Nella vicenda i nubendi – un cittadino italiano e una cittadinanza moldava – avevano presentato ricorso in quanto non gli era stato concesso il permesso di ingresso per contrarre matrimonio, ma il ricorso fu dichiarato irricevibile in quanto il matrimonio fu poi effettivamente celebrato nel paese della nubenda. La decisione è di interesse in quanto in essa si è escluso che la facoltà di scegliere il luogo in cui celebrare le nozze sia parte del contenuto del diritto al matrimonio, in particolare se è possibile sposarsi nel paese di residenza di uno dei nubendi[39]. E' ben vero, tuttavia, che tale decisione appare decontestualizzata rispetto all'attuale dinamica dei fenomeni migratori. Nel precedente esaminato, infatti, il cittadino straniero era privo di un rapporto con il territorio e il suo ingresso e soggiorno era funzionale esclusivamente alla celebrazione del matrimonio; al contrario, di regola, lo straniero irregolarmente soggiornante ha un rapporto stabile con il territorio e il

matrimonio può essere celebrato all'estero solo a prezzo di un rilevante onere organizzativo ed economico[40].

In ultima analisi, dalla disanima della giurisprudenza di Strasburgo si evince il principio secondo cui le limitazioni del diritto al matrimonio devono essere ragionevoli e proporzionate e non devono vanificare il godimento del diritto al matrimonio. Sebbene gli scopi considerati legittimi siano di regola quelli funzionali alla salvaguardia di un interesse riconducibile all'ordine pubblico matrimoniale, in alcuni casi la limitazione del diritto al matrimonio è imposta nel perseguimento di altri interessi. In qualche caso non è ravvisata la lesione del diritto, in quanto il fine è stato ritenuto legittimo e i limiti imposti proporzionati. Parimenti, dopo il matrimonio, il diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 Cedu può essere limitato per motivi di interesse pubblico, come quelli perseguiti mediante i provvedimenti di rimpatrio e di allontanamento dello straniero[41].

#### **4. Il Caso O'Donoghue alla Corte europea dei diritti dell'uomo.**

Alla scarna giurisprudenza della Corte edu relativa al diritto al matrimonio si è di recente aggiunta la sentenza *O'Donoghue*[42], in virtù della quale la Corte europea dei diritti dell'uomo sembra aver posto una parola definitiva sulla compatibilità con la Cedu di una norma di tenore analogo a quella di cui alla novella all'art. 116 c.c.

Il ricorso è stato proposto da parte di un cittadino nigeriano (Osita Chris Iwu) e di una cittadina con doppia cittadinanza, britannica e irlandese (Sinead O'Donoghue), che lamentavano l'avvenuta lesione del proprio diritto al matrimonio e del proprio diritto alla vita privata e familiare (artt. 8 e 12 Cedu), nonché del divieto di discriminazione nel godimento di diritti garantiti dalla Convenzione (art. 14 Cedu), in conseguenza dell'applicazione di una normativa britannica sul matrimonio dello straniero. Tale disciplina, introdotta dal Ministero dell'interno del Regno unito nel 2005, è stata più volte modificata. Nella sua prima formulazione, essa escludeva la capacità matrimoniale in capo agli stranieri extracomunitari che non avessero ottenuto un'autorizzazione al matrimonio da parte del Ministero. L'autorizzazione poteva essere rilasciata – previo pagamento di una tassa di 300 sterline - solo a chi avesse fatto regolare ingresso nel territorio dello Stato e avesse successivamente ottenuto un permesso di soggiorno della durata di almeno sei mesi (sempre che tale permesso fosse valido per i tre mesi successivi alla presentazione della domanda di autorizzazione). A tale regime autorizzatorio non sarebbero stati invece assoggettati gli stranieri che avessero scelto il rito della Chiesa anglicana.

In seguito all'accoglimento di alcuni ricorsi interni, tale disciplina è stata modificata due

volte.

Con una prima revisione, si è previsto che l'autorizzazione avrebbe potuto essere rilasciata anche agli stranieri regolari che non avessero inizialmente ottenuto un permesso di soggiorno della durata di almeno sei mesi, o il cui permesso scadesse nei tre mesi successivi alla presentazione della domanda, purché essi avessero cooperato con le autorità fornendo tutte le informazioni necessarie per verificare che non si trattasse di un matrimonio di comodo[43]. Con una seconda modifica si è previsto che l'autorizzazione possa essere rilasciata anche allo straniero che sia entrato irregolarmente sul territorio nazionale o che sia irregolarmente soggiornante, previa cooperazione dello straniero con la *UK Border Agency*, secondo le regole già introdotte con la prima revisione della disciplina. Anche la terza e ultima versione della normativa in esame subordina il rilascio dell'autorizzazione al pagamento di una tassa di 295 sterline.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza pronunciata il 14 dicembre 2010, ha rilevato che la prima e la seconda versione della disciplina erano in contrasto con l'art. 12 Cedu. La Corte ha in primo luogo richiamato la giurisprudenza, già esaminata in questo scritto, secondo la quale la legge nazionale può imporre limiti che non intacchino il contenuto minimo del diritto (*Rees c. Regno unito, F. c. Svizzera, B. e L. c. Regno unito*). Dopo aver evidenziato che, secondo le istituzioni della convenzione, il diritto in esame può essere soggetto sia a limiti procedurali che a limiti sostanziali, la Corte ha ribadito che la limitazione del diritto al matrimonio può perseguire anche fini esterni all'ordine pubblico matrimoniale, sempre che i limiti imposti non privino lo straniero della capacità matrimoniale (*Hamer v. Regno unito; Draper c. Regno unito, Sanders c. Francia, F. c. Svizzera, B. e L. c. Regno unito*). La sentenza ha altresì confermato la natura fondamentale del diritto al matrimonio e ha evidenziato la differente formulazione dell'art. 12 rispetto all'art. 8 (diritto alla vita privata e familiare): solo per quest'ultimo, infatti, è espressamente prevista la possibilità di limitazioni “che si rendano necessarie in una società democratica” e che perseguano fini quali “la protezione della salute e della morale” o “la protezione dei diritti e delle libertà degli altri”. Da ciò consegue che la Corte non applica al diritto al matrimonio i test di “necessità” e di “pressante esigenza sociale” che sono ammessi dall'art. 8 con riferimento al diritto alla vita privata e familiare[44].

Alla luce di queste premesse, per la Corte le norme recanti misure volte a verificare se un matrimonio sia o meno di comodo non sono necessariamente in conflitto con l'art. 12 (*Klip e Kruger c. Olanda, Sanders c. Francia, Frasik c. Polonia*). In particolare, si è sottolineato, è possibile imporre agli stranieri che intendano sposarsi di dare alle autorità informazioni utili ad accettare il proprio status e la genuinità del matrimonio (*Klip e Kuger c. Olanda*). Anche la previsione di un'autorizzazione al matrimonio per lo straniero che intenda sposarsi sul territorio nazionale, di per sé non è in contrasto - secondo la giurisprudenza precedente - con l'art. 12 Cedu (*Sanders c. Francia*).

In base a queste premesse, la Corte ha ritenuto che la prima e la seconda versione della disciplina britannica fossero in contrasto con l'art. 12 Cedu, reputandole inidonee a

realizzare lo scopo di contrastare la celebrazione di matrimoni di comodo. Nella prima versione della disciplina, infatti, il rilascio dell'autorizzazione era subordinato non all'accertamento della genuinità del matrimonio, ma solo alla verifica della titolarità di un permesso di soggiorno (di durata non inferiore ai sei mesi e con una data di scadenza non inferiore a tre mesi dal rilascio della domanda). Anche nella seconda versione della disciplina il rilascio dell'autorizzazione allo straniero presupponeva l'ingresso e il soggiorno regolare dello straniero, mentre solo nella terza questo limite all'esercizio del diritto era stato eliminato. La Corte ha ricordato di aver già escluso che le misure generali, automatiche e indiscriminate su un diritto della convenzione di fondamentale importanza possano essere giustificate in virtù del margine di apprezzamento, e che nel caso in esame non esiste alcuna ragione giustificativa per una misura così radicale. Anche se infatti esistesse la prova di una maggior propensione dello straniero al matrimonio di comodo (e nessuna prova in questo senso era stata prodotta dal Governo britannico), la radicale negazione della capacità matrimoniale di un'intera categoria di stranieri, senza la previsione di misure volte ad accettare la genuinità del matrimonio prospettato, si traduce in una lesione del diritto al matrimonio. L'incompatibilità della normativa in esame con la Cedu non è, secondo la Corte, esclusa neppure dalla vigenza della norma che prevede il rilascio dell'autorizzazione al matrimonio *"on compassionate grounds"*: tale procedura è infatti eccezionale e il suo esito dipende da una valutazione discrezionale del Segretario di Stato; inoltre, la decisione del Segretario di Stato di esercitare tale potere nel caso concreto è apparsa alla Corte fondata esclusivamente sulle circostanze personali in cui versavano gli istanti, piuttosto che sulla genuinità del matrimonio. Infine, la Corte ha ritenuto che l'assenza di tali restrizioni per il matrimonio celebrato secondo il rito della Chiesa anglicana integra una discriminazione su base religiosa, vietata dall'art. 14 Cedu[45].

## **5. Il diritto al matrimonio dello straniero: profili di legittimità comunitaria della novella all'art. 116 c.c.**

Un ulteriore percorso argomentativo per valutare la legittimità del novellato art. 116 c.c., nel dibattito dottrinale antecedente alla sentenza della Corte costituzionale 245/2011, è stato individuato nell'applicazione del diritto alla libera circolazione delle persone e nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia relativa a tale diritto. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, nel caso di un matrimonio tra un cittadino di un paese terzo e un cittadino di un paese UE, i membri della famiglia possono esercitare il

diritto alla libera circolazione e allo stabilimento in paesi UE diversi da quello di cui è cittadino uno dei coniugi, a prescindere dal fatto che il cittadino del paese terzo sia entrato regolarmente nel territorio dello Stato di cui il proprio coniuge ha la cittadinanza e in cui il matrimonio è stato celebrato[46]. Tale principio, affermato a garanzia del diritto alla vita privata e familiare, avrebbe forse potuto fondare un giudizio di invalidità della novella all'art. 116 c.c.

Il primo precedente in cui la Corte di giustizia ha collegato la libera circolazione e il diritto alla vita privata e familiare è il caso *Carpenter*[47]. La signora Carpenter era entrata legalmente nel territorio del Regno unito con un permesso di soggiorno della durata di sei mesi. Alla scadenza del permesso non aveva lasciato il paese e si era sposata con un cittadino britannico. La domanda di permesso di soggiorno - inoltrata dopo il matrimonio - era stata respinta, e ad essa aveva fatto seguito un provvedimento di espulsione dal Regno unito. Poiché secondo la giurisprudenza europea la competenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali (nella fattispecie, il diritto alla vita privata e familiare) si radica solo nel caso in cui vi sia una connessione con la competenza dell'Unione europea, la difesa della signora Carpenter sostenne con successo che il diritto alla libera circolazione del marito, che per lavoro si spostava di frequente all'estero, era menomato dalla mancata concessione del permesso di soggiorno alla moglie, in quanto era la stessa signora Carpenter, grazie al proprio impegno nella cura della casa e dei figli, a consentire un pieno ed effettivo esercizio del diritto alla libera circolazione del proprio coniuge.

Significativo è altresì il caso *Metock*. Alcuni cittadini di paesi terzi avevano presentato in Irlanda la richiesta di asilo. L'istanza fu respinta ma intanto, *medio tempore*, i richiedenti si erano sposati con cittadini di altri paesi dell'Unione, residenti in Irlanda. Dopo il matrimonio, il permesso di soggiorno fu loro rifiutato in quanto la disciplina nazionale prevedeva, come presupposto della sua concessione, il previo ingresso e soggiorno regolare in un paese UE. Adita in via pregiudiziale dalla *High Court* di Dublino, la Corte di giustizia ha ritenuto tale disciplina in contrasto con la normativa sulla libera circolazione delle persone, affermando che il cittadino di un paese terzo, anche se non è entrato legalmente nel territorio di un paese dell'Unione, se contrae matrimonio con un cittadino di un paese UE, ha diritto di accompagnare o raggiungere il proprio coniuge, nel caso in cui venga in evidenza la libertà di circolazione (ossia nel caso in cui questi sia residente in un paese dell'Unione diverso rispetto a quello di cui è cittadino).

La novella all'art. 116 c.c. avrebbe potuto essere ritenuta incompatibile con i principi affermati nelle sentenze *Carpenter* e *Metock*: la libertà di circolazione del cittadino italiano sarebbe stata in questo caso menomata non dalla mancata concessione al coniuge straniero del titolo di soggiorno, ma dalla stessa impossibilità di contrarre il matrimonio e costituire una famiglia. E' ben vero che, secondo la Commissione UE, i cittadini residenti nello Stato dell'Unione di cui hanno la cittadinanza non beneficiano dei diritti connessi alla libera circolazione e al soggiorno, e i loro familiari stranieri sono soggetti alla norme nazionali in materia di immigrazione[48]. Eppure, a nostro avviso dall'applicazione del diritto europeo sarebbe potuta derivare la non applicazione della novella all'art. 116 c.c. al

cittadino italiano. Anche assumendo come necessario un collegamento tra il diritto soggettivo europeo che potrebbe essere leso e la libertà di circolazione, l'applicazione del regime giuridico meno favorevole al cittadino italiano dovrebbe infatti venir meno in virtù del principio (interno) di non discriminazione a rovescio[49]. A prescindere da ciò, deve essere ricordato che la Corte di Lussemburgo sta assumendo le vesti di un garante dei diritti fondamentali dell'uomo europeo, anche quando il godimento di tali diritti non è correlato all'esercizio delle libertà economiche e alla sfera di competenza europea. Tale trasformazione degli strumenti di tutela dei diritti in ambito europeo si collega alla progressiva sedimentazione del concetto di cittadinanza europea, intesa come status cui si collegano diritti di matrice non solo economica, che ha avuto impulso a partire dal Trattato di Maastricht e, in misura decisiva, con la proclamazione della Carta di Nizza[50]. Il fenomeno riguarda anche il diritto di famiglia che, in via indiretta, per il tramite della libertà di circolazione, è stato attratto nelle competenze comunitarie[51]. Tale funzione di garanzia dei diritti della persona è assolta, in alcuni casi, anche quando la lesione deriva da un atto interno, a prescindere da una connessione tra il diritto protetto e le libertà di circolazione e dalla titolarità della cittadinanza europea da parte del soggetto portatore dell'interesse[52].

## ***6. L'argomento comparato: il matrimonio dello straniero irregolarmente soggiornante in Francia***

Nel dibattito relativo alla dubbia legittimità del novellato art. 116 c.c. è venuto in evidenza anche l'argomento comparato. Ad oggi non esistono decisioni della Corte costituzionale italiana – ma solo della Corte di Cassazione - in cui si sono richiamate espressamente decisioni di Corti straniere[53].

Accanto alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal tribunale di Catania, come noto decisa nel merito dalla Corte costituzionale con una sentenza di accoglimento, deve essere menzionata l'ordinanza di rimessione 680/2010 del giudice di pace di Trento. Tale ordinanza è degna di nota in quanto il giudice *a quo* ha indicato, tra gli argomenti in punto di non manifesta infondatezza, una decisione del *Conseil Constitutionnel* francese, relativa a una norma di analogo tenore, emanata in data 26 novembre 2003[54]. Con tale decisione il *Conseil Constitutionnel* ha ritenuto non conforme alla Costituzione una legge del 2003, che obbligava l'ufficiale di stato civile a segnalare al pubblico ministero il fatto che lo straniero che intendesse contrarre matrimonio non avesse provato la regolarità del suo soggiorno: ciò sarebbe stato indice della carenza della volontà di contrarre un matrimonio genuino. Secondo il *Conseil*, l'irregolarità del soggiorno dello straniero può essere un indice di non genuinità del matrimonio solo se si accompagna ad altri elementi. Di contro,

una norma che considera *sic et simpliciter* tale irregolarità come sintomo dell'assenza di un'effettiva volontà matrimoniale è in violazione della libertà di matrimonio di cui agli artt. 2 e 4 della dichiarazione del 1789, in quanto induce lo straniero irregolarmente soggiornante a non contrarre matrimonio[55].

Il *Conseil constitutionnel* ha così affermato un principio utile anche per risolvere la questione di legittimità del novellato art. 116 c.c. Il giudice di pace di Trento ha indicato tale decisione tra gli argomenti di illegittimità costituzionale, ma la questione di legittimità da questi posta è stata giudicata manifestamente inammissibile dalla Consulta con l'ordinanza 252/2011, per indeterminatezza del *petitum* e per carenze nella descrizione della fattispecie concreta e nella motivazione della rilevanza; di conseguenza, la Corte costituzionale non ha preso una chiara posizione sull'utilizzabilità dell'argomento comparato.

## ***7. La sentenza della Corte costituzionale n. 245 del 2011 e la garanzia del diritto al matrimonio nel quadro della tutela multilivello dei diritti***

La Corte costituzionale, adita per giudicare della legittimità costituzionale della novella all'art. 116 c.c., ha dichiarato la questione fondata con la sentenza 245/2011. Il giudizio *a quo* è stato incardinato in seguito al diniego opposto da un ufficiale di stato civile alla celebrazione del matrimonio tra un cittadino marocchino e una cittadina italiana, diniego dovuto alla carenza di un documento attestante la regolarità del soggiorno dello straniero. Il tribunale ordinario di Catania ha sollevato d'ufficio una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 116 c.c., limitatamente alle parole della disposizione che subordinavano le pubblicazioni alla presentazione di un documento attestante la regolarità del soggiorno[56].

Il giudice *a quo* ha lamentato la violazione dell'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo; dell'art. 3 Cost., che prevede il principio di uguaglianza; degli artt. 29 Cost. e 31 Cost., su cui si fonda il diritto costituzionale a contrarre matrimonio. Tale diritto è stato collegato all'art. 2 Cost., “in quanto rientra nei diritti inviolabili dell'uomo, caratterizzati dall'universalità”, ed è quindi proprio anche dello straniero. Accanto al parametro interno, l'ordinanza di rimessione ha individuato come parametro anche l'art. 12 Cedu (assunto come norma interposta in virtù dell'art. 117, co. 1 Cost.), che

garantisce il diritto al matrimonio e consente alla legge di regolare l'esercizio del diritto, ma non conferisce, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la facoltà di imporre condizioni o restrizioni irragionevoli.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri è intervenuto nel giudizio, rappresentato e difeso dall'avvocatura dello Stato, che ha sostenuto la tesi dell'infondatezza della questione di legittimità costituzionale. In primo luogo, questa ha affermato che l'art. 116 c.c., così come modificato dall'art. 1, comma 15 della l. 94/2009, avrebbe rispettato il principio di razionalità e coerenza dell'ordinamento di cui all'art. 3 Cost.[57], in quanto la norma oggetto del giudizio sarebbe coerente con un principio generale, desumibile dall'art. 6 del d. lgs. 286/1998 (testo unico per l'immigrazione), secondo il quale, "fatta eccezione per i provvedimenti riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, per quelli inerenti all'accesso alle prestazioni sanitarie di cui all'articolo 35 e per quelli attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie, i documenti inerenti al soggiorno di cui all'articolo 5, comma 8, devono essere esibiti agli uffici della pubblica amministrazione ai fini del rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati". Non sarebbe stata eccezionale, quindi, la norma che subordinava le pubblicazioni matrimoniali alla presentazione di un titolo di soggiorno. In secondo luogo, sempre secondo l'avvocatura dello Stato, l'art. 12 Cedu consente agli Stati di limitare l'esercizio del diritto al matrimonio (come si evince dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo). In ogni caso, la novella all'art. 116 c.c. avrebbe perseguito un interesse costituzionalmente rilevante (il presidio delle frontiere e il controllo dei flussi migratori), e tale interesse, in un giudizio di bilanciamento, avrebbe dovuto essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse sottostante al diritto al matrimonio, in quanto quest'ultimo attiene alla sfera individuale e può essere oggetto di interferenza statale per motivi di salute pubblica, sicurezza e ordine pubblico. In terzo luogo, secondo l'avvocatura dello Stato la previsione di cui al novellato art. 116 c.c. troverebbe una specifica giustificazione nel disvalore ordinamentale di cui è investita la violazione delle norme amministrative su ingresso e soggiorno: la Corte costituzionale, che con la sentenza 250/2010 ha dichiarato non illegittimo il reato di ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato (art. 10-bis d. lgs. 286/1998), avrebbe affermato che rientra nella discrezionalità del legislatore il considerare la condizione soggettiva di straniero irregolare come rilevante in relazione alla tutela dell'ordine pubblico.

Un simile, suggestivo percorso argomentativo era destinato, però, a crollare di fronte a due argomenti difficilmente superabili.

In primo luogo, in base all'interpretazione data agli artt. 2 e 3 Cost. nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale (*ex plurimis*, dalle sentenze 120/1967 e 104/1969 fino alle sentenze 62/1994, 105/2001 e 249/2010) e in base all'art. 2, comma 1, d. lgs. 286/1998, allo straniero irregolare sono comunque riconosciuti i diritti fondamentali dell'uomo[58]. Tale prospettiva implica uno scrutinio stretto di ragionevolezza delle norme che limitano un diritto costituzionale dell'uomo come il diritto al matrimonio, scrutinio da cui difficilmente poteva salvarsi una norma che imponeva una misura

generale, automatica e indiscriminata come quella in oggetto, che escludeva di fatto la capacità matrimoniale di una categoria di stranieri (v. *supra*, par. 2). Una decisione di infondatezza, peraltro, avrebbe implicato un almeno parziale *revirement* giurisprudenziale in ordine alla titolarità dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. Un secondo argomento nel senso della fondatezza della questione è quello che deriva dalla previsione del diritto al matrimonio nell'art. 12 Cedu, così come interpretato nella sentenza *O'Donoghue* della Corte edu.

La Corte costituzionale ha ritenuto la questione fondata. Secondo la Consulta, lo Stato può adottare regole sull'ingresso e il soggiorno dello straniero, purché tali regole non siano “palesemente irragionevoli” e “non contrastino con obblighi internazionali”. Una speciale cautela deve essere osservata dal legislatore se le discipline incidono su diritti fondamentali. La Corte costituzionale ha infatti confermato la propria giurisprudenza che riconosce i diritti fondamentali allo straniero in quanto uomo. E' ben vero, infatti, che il rapporto con il territorio dello straniero è diverso da quello del cittadino, in quanto è da intendersi come temporaneo e non permanente (Corte. Cost. 104/1969), per cui sono ammissibili discipline speciali per lo straniero, in cui si contemperano i diritti dello straniero con i diversi, svariati interessi che con la posizione giuridica dello stesso sono coinvolti. E' altresì vero, tuttavia, che tali discipline speciali devono rispettare i diritti fondamentali dell'uomo e sono soggette a uno scrutinio stretto di ragionevolezza.

Nel ragionamento della Corte costituzionale è centrale l'assunto secondo cui la limitazione del diritto al matrimonio, pur ammissibile se funzionale al perseguimento di interessi costituzionalmente rilevanti, non può essere sproporzionata e irragionevole. La Corte costituzionale ha quindi ritenuto la novella all'art. 116 c.c. irragionevole perché non necessaria né proporzionata in rapporto al bene giuridico da proteggere. La Consulta ha posto in evidenza che sono vigenti nell'ordinamento norme volte a impedire che da un matrimonio di comodo derivino effetti favorevoli in ordine ai titoli di soggiorno e all'acquisto della cittadinanza: l'art. 30, co. 1-bis, d. lgs. 286/1998, con riferimento agli stranieri regolari che abbiano contratto matrimonio con un cittadino italiano o un cittadino di un paese UE, secondo il quale la richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari è rigettata, e il permesso di soggiorno è revocato, se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato; l'art. 29, co. 9, d. lgs. 286/1998 sul visto per ricongiungimento familiare, secondo cui la richiesta di ricongiungimento è respinta se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di consentire all'interessato di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato.

Inoltre, la Consulta ha citato espressamente la sentenza *O'Donoghue* della Corte edu, secondo la quale il margine di apprezzamento non consente agli Stati di prevedere limitazioni generali, automatiche e indiscriminate di un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione (par. 89 della sentenza). Tale principio, secondo la Corte costituzionale, sarebbe stato violato dalla norma oggetto del giudizio, in quanto essa

recherebbe una preclusione di carattere generale al matrimonio.

Così ricostruito il percorso argomentativo della Corte costituzionale, possiamo quindi trarre alcune conclusioni.

In primo luogo, la Consulta ha ribadito che i diritti riconducibili all'art. 2 Cost. sono propri non solo del cittadino ma anche dello straniero, anche se irregolarmente soggiornante. Questa premessa ha reso assai difficile l'adozione di un'eventuale pronuncia di rigetto. La strategia argomentativa dell'avvocatura dello Stato, secondo cui i diritti fondamentali dello straniero sono suscettibili non solo di essere regolati in modo differenziato, ma anche sacrificati, di fronte all'esigenza di garantire un interesse dominante come la regolazione e il controllo dei flussi migratori, avrebbe comportato - se non il superamento - quanto meno un'importante ridimensionamento della funzione garantista dei diritti dello straniero propria degli artt. 2 e 3 Cost.

In secondo luogo, da questa decisione dovrebbe discendere, in ossequio al principio di razionalità e coerenza dell'ordinamento, l'illegittimità dell'art. 6 d. lgs. 286/1998, che prevede l'esibizione del titolo di soggiorno come precondizione per l'accesso a quasi tutti i servizi pubblici. Tale norma dovrebbe essere reputata invalida nella parte in cui esclude la necessità del titolo di soggiorno solo per l'accesso alle attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, alle prestazioni sanitarie e alle prestazioni scolastiche obbligatorie (art. 6, comma 2, d. lgs. 286/1998), e non anche a tutte le prestazioni che soddisfano un diritto fondamentale. E' parimenti da ritenersi illegittimo l'art. 35, comma 5, d. lgs. 286/1998, nella parte in cui prevede un divieto di segnalazione alle autorità solo per gli operatori sanitari, e non anche per tutti i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio le cui funzioni sono correlate al godimento di un diritto fondamentale dello straniero: si pensi agli operatori scolastici e a quelli giudiziari.

In terzo luogo, è meritevole di approfondimento l'ampio uso di materiali e argomenti derivanti da ordinamenti stranieri o sovranazionali che è venuto in evidenza nel dibattito dottrinale, nelle due ordinanze di rimessione esaminate e infine nella sentenza 245/2011. Il fenomeno non è nuovo: i giudici fanno uso di norme, precedenti e argomenti desunti da altri ordinamenti e da organi giurisdizionali stranieri o sovranazionali, sia pure di regola solo come "argomento persuasivo" che concorre a definire l'interpretazione del diritto positivo nazionale[59]. Si assiste quindi a una contaminazione tra ordinamenti, alla nascita di un esperanto dei diritti, che vengono collocati in una dimensione sempre più astratta, svincolata dai testi normativi e dai contesti storico-culturali in cui i testi sono immersi[60]. Nel contesto europeo, tale fenomeno è incentivato dall'esistenza di un sistema integrato di tutela dei diritti che coinvolge un livello nazionale (giudici comuni e Corti costituzionali) e un livello sovranazionale (Corte edu e Corte europea di giustizia). Non di rado, la Corte europea di giustizia prima e la Corte costituzionale poi hanno fatto ricorso, nelle proprie decisioni, alla Cedu e a precedenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo[61].

Su tale fenomeno ci sono perplessità che in questa sede meritano di essere brevemente

esaminate.

Una prima considerazione è che all'uso dei precedenti di Corti di altri paesi o di Corti sovranazionali si può accompagnare l'attenuazione delle specificità culturali connesse ai diritti fondamentali nei singoli ordinamenti[62]. In particolare, è stato evidenziato un pericolo insito nell'universalismo dei diritti umani, ossia il “colonialismo” costituzionale occidentale con riferimento a contesti e vicende storico-politiche diverse rispetto a quelle occidentali, quando si va oltre l'affermazione di valori universali corrispondenti ad aspetti elementari dell'esperienza umana[63]. Appare pertanto opportuno sottolineare, come evidenziato dalla “Dichiarazione delle Nazioni Unite di Vienna e programma d'azione”, che l'universalità dei diritti fondamentali non deve tradursi in uniformità, ben potendo essere i medesimi diritti declinati in forme diverse nei singoli ordinamenti, tenuto conto delle specificità storico-culturali del caso[64].

Una seconda considerazione è che l'uso del precedente non nazionale non è privo di riflessi sul classico tema della legittimazione politica delle Corti costituzionali. Nel caso in esame, l'uso della sentenza *O'Donoghue* della Corte europea dei diritti dell'uomo ha rafforzato la garanzia di un diritto fondamentale. Sembra quindi trovare conferma l'ottimismo di chi ritiene che il ricorso a precedenti extranazionali sia un utile strumento di interpretazione delle Costituzioni, attraverso cui dare “loro un senso attraverso il quadro di sfondo nel quale esse possono assumere un preciso significato, in relazione a un determinato momento storico”[65]. Premesso che l'applicazione di una norma della Cedu è una conseguenza di quanto disposto dall'art. 117, comma 1 Cost. (così come interpretato dalla Corte costituzionale), occorre interrogarsi su quale sarà l'atteggiamento della Consulta nel caso in cui i precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte europea di giustizia o di altre Corti costituzionali fossero eventualmente invocati nella direzione opposta, ossia per sostenere l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale è un organo che non vive fuori dal tempo, e non è estranea alla sua vita la ricerca della legittimazione politica, che non può essere data per presupposta[66]. Non è a nostro avviso peregrina l'ipotesi che, quando altre Corti – e in particolare le Corti europee - si pronunciano nel senso della contrarietà di una norma a un diritto fondamentale, diviene meno difficile conciliare una pronuncia di accoglimento con l'esigenza di costruzione della legittimazione politica in relazione al Parlamento, al sistema dei partiti e all'opinione pubblica, quasi che la Corte costituzionale in tali frangenti goda di un surplus di legittimazione a priori. Se invece i precedenti non nazionali conducono verso l'infondatezza della questione, una decisione di accoglimento della Corte costituzionale potrebbe creare un disagio nelle relazioni con gli altri organi costituzionali, il sistema dei partiti e l'opinione pubblica. In ogni caso, è ragionevole ritenere che sia più facile la formazione di un ampio consenso nel collegio su una decisione che “seguia” l'indirizzo desumibile dai precedenti giurisprudenziali non nazionali[67]. L'innesto dei precedenti non nazionali influisce quindi sulle dinamiche della legittimazione politica delle Corti, che non vedono più come unici protagonisti la Corte costituzionale, le Camere e gli altri organi costituzionali[68].

In terzo luogo, l'accentuazione del carattere giurisprudenziale del diritto costituzionale, nell'era della tutela multilivello dei diritti, si traduce in un *deficit di prescrittività* dei testi costituzionali. Il *nomen iuris* che contrassegna il diritto ricorre spesso in diversi ordinamenti costituzionali e nelle Carte internazionali dei diritti, ma le garanzie, gli strumenti di tutela e i precedenti giurisprudenziali, in ultima analisi, il contenuto e i limiti del diritto in questione, possono mutare significativamente[69]. Tali tendenze contribuiscono a offuscare la visione unitaria della Costituzione come tavola di valori *a priori* e rafforzano, invece, la prospettiva di un diritto costituzionale destrutturato, fondato su una pluralità di fonti normative concorrenziali, di tradizioni giuridiche e di precedenti giurisprudenziali: un diritto funzionale in misura pressoché esclusiva al controllo *a posteriori* del risultato perseguito dalla norma oggetto del giudizio[70].

In quarto e ultimo luogo, l'apertura ad altri ordinamenti ed esperienze costituzionali non soddisfa solo, come è stato sostenuto, “la prudenza dell'empirista che vuole imparare, oltre che dai propri, anche dagli altri successi ed errori”[71], ma implica un allargamento della discrezionalità delle Corti. Se per lungo tempo sono apparsi superati gli argomenti di Schmitt sulla “politicità” dei giudizi di legittimità costituzionale[72], il tema sembra aver acquistato nuova attualità nel contesto della circolazione degli argomenti giuridici. L'argomentazione delle Corti tende a svincolarsi dal tenore letterale delle disposizioni nazionali e attinge a categorie giuridiche sempre più astratte[73]: ciò può verificarsi nonostante all'identità dei diritti protetti dalla Costituzione e dalle carte internazionali non corrisponda un'identità di garanzie e di tutele, né del resto è priva di discrezionalità l'individuazione dell'ordinamento in cui il grado di tutela del diritto è più alto[74]. Con specifico riferimento alla Cedu, la Corte costituzionale deve verificare la compatibilità con la Costituzione della Cedu così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, e inoltre – come meglio precisato dalle sentenze Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009 - in virtù del “margini di apprezzamento” gli Stati membri possono comunque distanziarsi dagli orientamenti della Corte edu[75]. La selezione degli argomenti giurisprudenziali può quindi tradursi in un *cherrypicking*, ossia nella ricerca selettiva di precedenti e argomenti funzionali a un particolare esito del giudizio[76].

In ultima analisi, l'uso dei precedenti stranieri e internazionali può contribuire, a seconda dei contesti, a rafforzare le garanzie costituzionali o può tradursi in una riduzione della protezione dei diritti nell'ordinamento italiano. Rimanendo nell'ambito della condizione giuridica dello straniero, si pensi alla controversa questione dei termini di trattenimento dello straniero irregolare nei centri di identificazione e di espulsione. Nel 2001 la Corte costituzionale ha affermato che il trattenimento di venti giorni, prorogabili di ulteriori dieci (secondo l'originaria disciplina di cui all'art. 14, d. lgs. 286/1998), non era da ritenersi irragionevole, anche perché “non si tratta di un tempo di restrizione che deve essere consumato interamente” (Corte cost. 105/2001). I termini di trattenimento sono stati più volte modificati e il trattenimento può attualmente avere una durata non superiore a 18 mesi (art. 14 d. lgs. 286/1998). Tale termine massimo è previsto anche dall'art. 15 della direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri). In che misura eventuali decisioni di non illegittimità delle norme sui termini del trattenimento, assunte dalla Corte europea di

giustizia, dalla Corte edo o da altre Corti costituzionali nazionali, potrebbero influire sulle decisioni e sulle motivazioni della Corte costituzionale italiana in un nuovo giudizio? Già ora, nel panorama della giurisprudenza delle Corti costituzionali è possibile individuare ricostruzioni della posizione giuridica dello straniero che potrebbero condurre a ritenere non illegittimo il trattenimento “lungo” nei Centri di identificazione e di espulsione dello straniero irregolarmente soggiornante. Si pensi alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati uniti. Da una parte si pone il precedente *Zadvydas v. Davis*. Con tale decisione la Corte Suprema, innovando significativamente la propria precedente giurisprudenza, ha posto un limite temporale al trattenimento dello straniero irregolarmente soggiornante (non più di sei mesi, termine derogabile solo nel caso in cui si intravveda la possibilità di un rimpatrio in tempi ragionevoli). Dall’altra il *Justice Scalìa*, in una *dissenting opinion* correlata a questa stessa decisione, richiamandosi ad altri precedenti della Corte Suprema tutt’altro che isolati ed eccezionali, ha affermato che lo straniero il quale si trovi illegalmente sul suolo nazionale americano non può vantare alcun diritto costituzionale alla “libertà dagli arresti” avverso una detenzione a tempo indeterminato in quanto, per il solo fatto di aver violato le norme amministrative su ingresso e soggiorno, deve essere considerato come uno straniero che si trovi al di là della frontiera[77]. Tale prospettiva è stata decisamente rifiutata dalla Corte costituzionale con la sentenza 105/2001. Quel che conta, in questa sede, è sottolineare che dalla articolata giurisprudenza della Corte Suprema si potrebbero attingere argomenti di segno diverso, che condurrebbero a riconoscere o a negare che lo straniero irregolare sia titolare dei diritti fondamentali (con dirette conseguenze sul tipo di scrutinio di ragionevolezza, “stretto” o “deferente”).

In ultima analisi, luci e ombre si accompagnano all’uso dei precedenti delle Corti costituzionali non italiane e delle Corti sovranazionali. Ad avviso di chi scrive, tale uso può essere un utile strumento per un’armonica espansione della prescrittività costituzionale, se è subordinato al rispetto di due precondizioni.

In primo luogo, in virtù di un *gentlemen’s agreement*, tali parametri e argomenti dovrebbe essere invocati dalle parti nel giudizio di legittimità costituzionale, e utilizzati dalla Corte costituzionale, solo se dagli stessi discende una maggior protezione dei diritti costituzionali. In questa direzione, del resto, già si pongono le sentenze “gemelle” 348 e 349 del 2007, le quali prevedono che la norma Cedu può essere invocata come parametro solo se non è in contrasto con norme costituzionali interne. Questo principio non appare, tuttavia, di facile applicazione, perché non di rado nel giudizio di legittimità costituzionale può venire in evidenza il bilanciamento tra interessi ascrivibili a diversi diritti, o perché in ogni caso, come è stato evidenziato, all’espansione della garanzia di un diritto può corrispondere la restrizione di quella propria di altri diritti[78].

In secondo luogo, seppur appare inevitabile un incremento della discrezionalità del giudice costituzionale nella selezione delle norme e degli argomenti giuridici, l’uso dei precedenti non nazionali non dovrebbe prestarsi a un approccio occasionalistico all’interpretazione costituzionale, ma dovrebbe piuttosto concorrere a definire il contenuto e i confini dei diritti costituzionali, contribuendo a ridurre *pro futuro* il margine di discrezionalità insito

nell'interpretazione per valori[79].

[1] Il primo impedimento è peraltro superabile, e l'ufficiale dello stato civile può procedere alla pubblicazioni, quando il mancato rilascio sia ingiustificato ed arbitrario (Trib. Camerino, 12.4.1990, in Foro it., I, 2030) e in particolare quando il mancato rilascio del nulla osta discende dal fatto che uno dei due coniugi non professa la fede islamica (Trib. Barcellona P. G., 9.3.1995, in Dir. Famiglia 1996, 164). Sul punto v. A. Casadonte e M. Pipponzi, Il divieto di accesso agli atti di stato civile, in Dir. Imm. Citt., 4/2009, p. 160.

[2] Le due ipotesi sono disciplinate, rispettivamente, dagli artt. 28 d.p.r. 394/1999 e 19, co. 2, lett. c, d. lgs. 286/1998, con riferimento al permesso di soggiorno, e dall'art. 5, l. 91/1992, come sostituito dall'art. 1, co. 1, 1, l. 94/2009, secondo il quale l'acquisto della cittadinanza in seguito al matrimonio con un cittadino italiano avviene due anni dopo il matrimonio, tre anni se il coniuge straniero o apolide è residente all'estero.

[3] Si veda la circolare n. 19 del 7.8.2009, del Ministero dell'interno – Dipartimento per gli Affari Interni e territoriali, che ha altresì precisato che la condizione di regolarità avrebbe dovuto essere sussistente tanto al momento della pubblicazione quanto a quello della celebrazione del matrimonio. Sul dibattito relativo a tali tematiche v. P. Morozzo della Rocca, I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ., in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it), 2009, p. 11; Id., Sul matrimonio in Italia dei cittadini comunitari secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ., in Lo stato civile italiano, ottobre 2009, p. 734 ss.; S. Rossi, Il matrimonio “clandestino” alla Corte costituzionale, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); M. Ius, Modifica dell'art. 116 c.c. ad opera della legge n. 94/2009, in rapporto alla normativa comunitaria sulla libera circolazione, in Lo Stato civile italiano, ottobre 2009, p. 729 ss.; L. Lenti, Il matrimonio dello straniero e la regolarità del soggiorno, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 4/2010, p. 201 s.; G. Tucci, Il matrimonio dello straniero in Italia nella tradizione della nostra codificazione civile. Da Pasquale Stanislao Mancini al “Pacchetto sicurezza”, in Riv. Dir. Priv., 2/2011, p. 178.

[4] Secondo il novellato art. 116 c.c., le pubblicazioni erano subordinate alla presentazione di un documento attestante la regolarità del soggiorno, piuttosto che al fatto della regolarità del soggiorno. La circolare 19/2009 ha precisato che sono titoli di soggiorno il permesso di soggiorno, il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, la carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'UE (rilasciata ex art. 10 d. lgs. 30/2007). Se l'ingresso dello straniero extracomunitario ha avuto luogo con un visto di breve durata (per i soggiorni non superiori a tre mesi), in base alla legge 68/2007 la regolarità del soggiorno si desume dal timbro apposto sul visto Schengen, dalla copia della dichiarazione di presenza resa al questore entro otto giorni dall'ingresso (nel caso in cui lo straniero provenga da altro paese dell'area Schengen), ovvero dalla copia della dichiarazione resa ai gestori di esercizi alberghieri o di altre strutture ricettive ai sensi ai sensi del r.d. 773/1931 (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza). Vi sono tuttavia soggetti regolarmente soggiornanti, il cui status non può essere dimostrato mediante un

documento attestante la regolarità del soggiorno, cui si è ritenuto le pubblicazioni matrimoniali non fossero precluse. E' infatti regolarmente soggiornante lo straniero che abbia impugnato il provvedimento di espulsione o il provvedimento di diniego dello status di rifugiato e ne abbia ottenuto la sospensione; lo straniero che si trova in attesa del permesso di soggiorno; lo straniero che si trova in carcere, per il quale una circolare del Ministero dell'interno ha previsto l'iscrizione anagrafica (cui ha diritto, ai sensi dell'art. 6, co. 7 TUI, solo lo straniero regolarmente soggiornante). Si veda la circolare del 19 aprile 2005 del Ministero dell'Interno – Dipartimento per gli Affari interni e territoriali – direzione centrale per i servizi demografici. Sul punto v. P. Morozzo Della Rocca, I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ., cit., p. 3; D. Berloco, I casi più ricorrenti di matrimoni tra cittadini stranieri, in Stato civile, 2010, p. 12 e s.

[5] La Corte costituzionale ha enucleato il diritto al matrimonio dall'art. 29 Cost. e, evidenziandone il collegamento con l'art. 2 Cost., lo ha qualificato come diritto fondamentale della persona umana (v. Corte cost. 27/1969, 189/1991, 445/2002 e, in dottrina, A. Pace, Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali, Cedam, Padova, 2003, p. 122). Per una ricostruzione di tali indirizzi giurisprudenziali v. G. Bascherini, Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee, Napoli, Jovene, 2007, p. 120 ss. e L. Ciaurro, I diritti fondamentali dello straniero, Federalismi.it, 2008, p. 27 ss. E' ben vero, tuttavia, che esistono anche precedenti giurisprudenziali in base a cui il diritto al matrimonio non è stato considerato un diritto fondamentale: v. Corte d'Appello di Firenze, 30.6.2008, in Foro It., 2008, I, 3695 ss. Tale diritto è stato declinato dalla Corte costituzionale sia come libertà negativa di non contrarre alcun matrimonio (Corte cost. 166/1998) che come libertà positiva di sposarsi con la persona prescelta: Corte Cost. 445/2002 (su questa duplice accezione del matrimonio v. anche B. Pezzini, Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto? in [www.amixuscuriae.it](http://www.amixuscuriae.it), p. 9). Il diritto al matrimonio è inoltre garantito da numerose norme internazionali: in particolare l'art. 23 del Patto sui diritti civili e politici del 1966 ("il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia è riconosciuto agli uomini e alle donne che abbiano l'età per contrarre matrimonio"); l'art. 12 Cedu ("uomini e donne, in età adatta, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto"), e l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio"): sul punto v. G. Ferrando, Matrimonio, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè, Milano, 2002, p. 168 ss.; P. Morozzo della Rocca, Famiglia e minori, in Id. (a cura di), Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali, Utet, Torino, 2008, p. 306.

[6] In questo senso v. P. Morozzo della Rocca, I limiti della libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ., cit., p. 945; G. Tucci, Il matrimonio dello straniero in Italia nella tradizione della nostra codificazione civile, cit., p. 174.

[7] La ratio della norma è stata individuata nell'esigenza di proteggere la famiglia da interferenze statali, analoghe a quelle derivanti dalle leggi razziali del 1938 (per ciò che concerne il matrimonio tra ebrei e non ebrei): cfr. P. Veronesi, Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni", in Quad. Cost., 2008, p. 579; A. Pugiotto, Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio», 2008, in www.forumcostituzionale.it, p. 5; M. Bonini Baraldi, Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale, in Quad. cost., 2010, p. 896; G. Tucci, Il matrimonio dello straniero in Italia nella tradizione della nostra codificazione civile, cit., p. 185; P. Palermo, Diritto al matrimonio e "clandestinità": tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore, in Famiglia e Diritto, 12/2010; Id., Sul diritto inviolabile al matrimonio dell'essere umano, anche se "clandestino", in Nuova giurisprudenza civile commentata, 12/2011, p. 572; ci si consenta di rinviare anche a R. Cherchi, La prescrittività costituzionale tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale, in Costituzionalismo.it, 2/2010. Tale lettura è peraltro conforme alla qualificazione del matrimonio – condivisa dalla dottrina maggioritaria - come atto negoziale, con riferimento al quale l'intervento dei pubblici poteri esiste solo in funzione di accertamento della volontà e di pubblicità: cfr. F. Gazzoni, Manuale di diritto privato, Esi, Napoli, 2007, p. 335 s.

[8] Fin dalle sentenze Corte cost. 120/1967 e 104/1969, la Corte costituzionale ha esteso il principio di uguaglianza agli stranieri nell'esercizio dei diritti fondamentali. Con la prima decisione, la Consulta ha affermato che il combinato disposto degli artt. 2, 3 e 10, comma 2 Cost. comporta il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali dello straniero, e di conseguenza il divieto di imporre trattamenti differenziati tra cittadino e straniero. Con la sentenza successiva, la Corte ha precisato che allo straniero spettano i diritti "inviolabili", e che il godimento di un diritto dello straniero può essere differenziato rispetto al cittadino, in funzione di realizzare altri interessi costituzionalmente rilevanti, purché tale limitazione sia ragionevole (Corte cost. sent. n. 104/1969, v. altresì Corte cost. 244/1974 e 62/1994). Sulle decisioni 120/1967 e 104/1969, in senso critico rispetto alla "approssimazione" terminologica della Corte costituzionale, che utilizza nella prima sentenza la locuzione "diritti fondamentali" e nella seconda quella "diritti inviolabili", v. M. Luciani, Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana, in Riv. Cr. Dir. Priv., 1992, p. 224. Nella giurisprudenza successiva, la Corte costituzionale ha affermato che lo straniero è titolare di ulteriori diritti costituzionali non qualificabili come "inviolabili", con la tendenziale esclusione dei soli diritti politici: Ex plurimis, Corte Cost., sentt. 144/1970, 244/1974, 131/1979, 199/1986. La titolarità dei diritti inviolabili in capo allo straniero è stata riaffermata, in termini perentori, dalla giurisprudenza costituzionale più recente, in particolare dalle sentenze 62/1994 e 105/2001. Nella sentenza Corte cost. 105/2001 si legge che "quando venga riferito al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo ... il principio costituzionale di uguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero". In senso analogo, la sentenza 62/1994 ha ribadito che "per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi

migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”.

[9] L’ipotesi del matrimonio all’estero, innanzi ad un’autorità civile non italiana, è da escludersi solo nei casi in cui la legge di tal paese non lo consente, come accade quando prescrive che entrambi i promessi sposi debbano professare la religione islamica. In ogni caso, se uno dei nubendi è italiano, residuerebbe sempre la facoltà di sposarsi innanzi all’autorità consolare italiana, presentando il nulla osta alle nozze di cui all’art. 116 c.c. ma ovviamente non il certificato che attesta la regolarità del soggiorno: cfr. S. Arena, L’integrazione dell’art. 116 del codice legalmente eludibile tra capisaldi giuridici da sempre imperanti e operanti, in Lo stato civile italiano, ottobre 2009, p. 725; G. Tucci, Il matrimonio dello straniero in Italia nella tradizione della nostra codificazione civile, cit., p. 185; D. Berloco, I casi più ricorrenti di matrimoni tra cittadini stranieri, cit., p. 15 s.

[10] E’ evidente la discriminazione che sarebbe potuta derivare, date queste premesse, dal novellato art. 116 c.c. In ogni caso l’eventuale contrazione di un matrimonio in un altro paese, pur astrattamente possibile, si configura come un gravissimo onere (non solo economico) all’esercizio del diritto: sul punto v. A. Casadonte e M. Pipponzi, Il divieto di accesso agli atti di stato civile, cit., p. 165.

[11] In base al concordato, l’ufficiale dello stato civile deve procedere a tali adempimenti anche se lo straniero è privo del titolo di soggiorno e che il parroco avrebbe potuto in ogni caso celebrare il matrimonio, anche senza il nulla osta da parte dell’ufficiale dello stato civile: in questo senso v. P. Consorti, La nuova disciplina del matrimonio tra gli stranieri alla luce del pacchetto sicurezza. I suoi riflessi sul matrimonio concordatario, in Statoechiese.it, febbraio 2011, p. 14, secondo il quale il catalogo di impedimenti inderogabili al matrimonio, previsto dal concordato, ha carattere chiuso e non può essere modificato unilateralmente con legge; in ogni caso, per l’autore è dubbio che la mancata presentazione del documento che attesta la regolarità del soggiorno possa essere considerata come “impedimento inderogabile” al matrimonio, considerato che esiste una deroga assai significativa a vantaggio dei cittadini UE. Il “divieto” di cui all’art. 116 avrebbe quindi potuto essere aggirato solo da parte di coloro che avessero scelto la via del matrimonio concordatario, con una conseguente disparità di trattamento nel godimento di un diritto fondamentale tra gli stranieri nubendi, in quanto la fede professata, sebbene non impedisca in punto di diritto la celebrazione del matrimonio canonico, sicuramente la scoraggia in punto di fatto nel caso di stranieri non cristiani. Sul matrimonio canonico come contratto che si perfeziona indipendentemente dalla fede dei nubendi, v. P. Consorti, La nuova disciplina del matrimonio tra gli stranieri alla luce del pacchetto sicurezza, cit., p. 17.

[12] Sul punto v. L. Lenti, Il matrimonio dello straniero e la regolarità del soggiorno, cit., 201.

[13] Il permesso di soggiorno per motivi familiari è infatti rilasciato, se lo straniero richiedente è irregolare, solo se il coniuge è italiano: art. 28 d.p.r. 394/1999 e art. 19, comma 2, lett. c, TUI. La conversione del permesso di soggiorno di uno straniero regolarmente soggiornante in permesso di soggiorno per motivi familiari è possibile solo se il coniuge è un cittadino italiano, un cittadino europeo o un cittadino di paese terzo regolarmente soggiornante: art. 30, comma 1, lett. b, TUI.

[14] In particolare, il testo unico per l'immigrazione prevede la revoca del permesso di soggiorno per motivi familiari rilasciato agli stranieri irregolari che abbiano contratto matrimonio in Italia con un cittadino (ex art. 28, d.p.r. 394/1999 e art. 19, co. 2, lett. c, TUI), o agli stranieri i quali, regolarmente soggiornanti ad altro titolo da almeno un anno, abbiano contratto matrimonio nel territorio dello Stato con cittadini italiani o europei, ovvero con cittadini stranieri regolarmente soggiornanti, qualora si accerti che al matrimonio non ha fatto seguito l'effettiva convivenza, salvo che dal matrimonio sia nata prole (art. 30, co. 1-bis, d. lgs. 286/1998). Inoltre, la stessa legge 94/2009 ha aumentato da sei mesi a due anni il periodo di residenza in Italia che deve trascorrere perché il matrimonio con un cittadino possa determinare l'acquisto della cittadinanza: la ratio di tale norma è di rendere più difficile la celebrazione di matrimoni "di comodo", come previsto dall'indirizzo approvato dal Consiglio giustizia e affari interni del 27 ottobre 2008 (art. 1, co. 11, l. 94/2009, che ha sostituito l'art. 5, l. 91/1992): cfr. Camera dei deputati, XVI Legislatura, Servizio Studi, Dipartimento affari comunitari, Dossier di documentazione. Note per la compatibilità comunitaria del disegno di legge «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica», A.C. 2180,

in <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/NOTST014.htm>. Infine, si è evidenziato in dottrina, un'altra soluzione capace di superare i test di necessità e proporzionalità avrebbe potuto essere la rivisitazione della disciplina dell'azione di annullamento. Mentre infatti, secondo il diritto vigente, i matrimoni simulati possono essere annullati solo su richiesta di uno degli sposi, entro un anno dalla celebrazione, e sono sanati per il fatto che a essi abbia fatto seguito la convivenza (art. 123 c.c.), si sarebbe potuta attribuire la titolarità dell'azione di annullamento al pubblico ministero, analogamente a quanto accade in altri ordinamenti (come quello francese): in questo senso v. P. Morozzo della Rocca, Famiglia e minori, cit., pp. 304-305; L. Lenti, Il matrimonio dello straniero e la regolarità del soggiorno, cit., p. 199; Addenda di aggiornamento. Sub art. 116. Matrimonio dello straniero nello Stato, in P. Cendon (a cura di), Commentario al codice civile artt. 1-142, Disposizione preliminari, diritto internazionale privato, persone fisiche e giuridiche, parentela e affinità, matrimonio, Giuffrè, Milano, 2010, p. 3.

[15] In particolare, i fattori che consentono di presumere che un matrimonio sia fittizio sono: a) il mancato mantenimento del rapporto di convivenza; b) l'assenza di un contributo adeguato alle responsabilità che derivano dal matrimonio; c) il fatto che i coniugi non si siano mai incontrati prima del matrimonio; d) il fatto che i coniugi non parlino una lingua comprensibile a entrambi; e) il fatto che venga corrisposta una somma di denaro affinché il matrimonio sia celebrato (eccettuate le somme corrisposte a titolo di dote, qualora si tratti di cittadini dei paesi terzi nei quali l'apporto di una dote è una prassi

normale); f) il fatto che dai precedenti di uno dei due coniugi risultino indicazioni di precedenti matrimoni finti o irregolarità in materia di soggiorno. Tali informazioni sono ricavate: 1) da dichiarazioni degli interessati o di terzi; 2) da informazioni tratte da documenti scritti; 3) da informazioni ottenute nel corso di un'indagine: v. Risoluzione del Consiglio del 4 dicembre 1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni finti, in G.U.C.E., C.E., 382, 16.12.1997.

[16] Alcuni criteri indicativi sono stati individuati dalla Commissione stessa: 1) il fatto che il coniuge del paese terzo non avrebbe problemi ad ottenere un permesso di soggiorno a titolo personale oppure già in passato ha soggiornato legalmente nello Stato Membro del cittadino dell'Unione; 2) il fatto che la coppia abbia una relazione da molto tempo; 3) il fatto che la coppia abbia un domicilio/residenza comune da molto tempo; 4) il fatto che la coppia abbia già assunto una serie di impegni a lungo termine di carattere legale/finanziario con responsabilità condivise (mutuo per l'acquisto di un immobile, ecc.); il fatto che il matrimonio sia durato a lungo: v. le linee guida della Commissione UE relative alla migliore trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente all'interno del territorio degli Stati membri del 2 luglio 2009, in [www.meltingpot.org/IMG/pdf/linee\\_guida\\_UE\\_1\\_doc.pdf](http://www.meltingpot.org/IMG/pdf/linee_guida_UE_1_doc.pdf). A questi criteri, è stato ipotizzato, si potrebbe aggiungere la presenza di figli, fatto che secondo il testo unico per l'immigrazione impedisce la revoca del permesso di soggiorno per motivi familiari rilasciati in seguito a matrimoni cui non abbia fatto seguito la convivenza (art. 30, co. 1-bis, TUI). Pur in assenza di dati ufficiali, la presenza di prole in un alto numero di tali matrimoni è tale da indurre a ritenere che nella maggior parte dei casi non si è in presenza di matrimoni di comodo: sul punto v. P. Morozzo della Rocca, I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ., cit., p. 2.

[17] In particolare, dopo l'entrata in vigore del protocollo n. 11 della Cedu (1/11/1998), si è accentuato il carattere giurisdizionale della Convenzione con la conseguente introduzione, accanto alla possibilità di proporre ricorso interstatale da parte di uno degli Stati contraenti per una presunta violazione di diritti umani, anche quella del ricorso individuale, proposto dall'individuo, dal gruppo o dall'organizzazione non governativa che lamenti la violazione di un diritto protetto dalla Carta.

[18] D. Tega, La Cedu e l'ordinamento italiano, in M. Cartabia (a cura di), I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee, cit., p. 71.

[19] D. Tega, La Cedu e l'ordinamento italiano, cit., p. 83.

[20] L'esercizio del diritto al matrimonio e l'esercizio del diritto alla vita privata e familiare rimangono, come si desume anche dalla giurisprudenza della Corte Edu, distinti sul piano logico e cronologico: possono infatti darsi situazioni nelle quali – si pensi alla posizione di chi è soggetto a limitazione della libertà personale – all'esercizio del diritto al matrimonio non fa immediato seguito l'esercizio del diritto alla vita familiare.

[21] D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human rights*, second edition, Oxford, Oxford University press, 2009, pp. 549 ss., in part. p. 550, secondo cui le leggi possono limitare il diritto al matrimonio. Secondo la giurisprudenza della Corte la norma, “while it does provide a wider margin of appreciation to States, the words are not to be read literally for that would deprive Article 12 of all meaning at the international level. National “laws” must satisfy a European standard ... and “must not restrict or reduce the right in such way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (Rees v. UK A 106 (1986); 9 EHRR 56 para 50 PC). V. Ibidem, p. 550, in cui gli autori affermano che “[the words] governing the exercise of this right which indicate that the National laws may regulate but not prohibit or exclude the right altogether” (Hamer v. UK n. 7114/75, 24 DR 5 at 16 (1979) Com REP; CMResDH (81)5”. Sui limiti al diritto al matrimonio v. sempre D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human rights*, cit., p. 550, secondo i quali “it is for the National law to regulate such matters as form and capacity to marry, but any procedural or substantive limitations that are adopted must not remove the very essence of the right [F v. Switzerland A 128 (1987); 10 EHRR 411 para 32 PC]. As to procedural limitations, the state may require compliance with formal registration requirements [X v FRG No 6167/73, 1 DR 64 (1994) religious marriage harmony by itself insufficient]. As to substance, it may impose limitations on such matters as marriageable age [Khan v. UK No 11579/85, 48 DR 252 (1986). Marriageable age varies within Europe], consanguinity, and the number of spouses [X v. UK No. 3898/68, 35 CD 102 (1970); 13 YBECHR 674 (1970) (bigamy prohibition not a breach). Zu Leiningen v. Germany 2005 VIII F Sett (need for a family approval of spouse). [X v. Switzerland no. 9057/80, 26 DR 207 (1981)]. The question of recognition of foreign marriages, whether of a different kind of national ones [e.g., a state may recognize polygamous marriages celebrated law fully abroad while not allowing them under its own law]”.

[22] V. Corte edu, 17 ottobre 1986, Rees c. regno unito, Serie A, n. 106, par. 50 (traduzione mia). Su questa decisione v. anche R. Tosi, Art. 12, *Diritto al matrimonio*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, Cedam, 2001, p. 373; J. P. Marguénau, *La liberté matrimoniale*, in F. Krenc-M. Puèchavy (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme. Actes du colloque organisé le 4 mai 2007 par l'institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris*, Nemesis, Bruylant, 2008, p. 19. In questo senso v. i rapporti della Commissione 13 dicembre 1979, Hamer c. Regno unito, DR, 24, p. 14; Commissione, rapp. 10 luglio 1980, Draper c. Regno unito, DR, 24, p. 78); D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European convention on human rights*, cit., p. 550.

[23] Cfr. F. c. Svizzera A 128 (1987); 10 EHRR 411 para 32 PC. Sulla possibilità della legge nazionale di limitare il diritto senza intaccarne il contenuto minimo, v. Lasagabaster Herrarte Inaki, *Convenio europeo de derechos humanos. Comentario sistemático*, Civitas, 2009, pp. 490-491; D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European convention on human rights*, cit., pp. 549-550.

[24] Su questi temi v. R. Tosi, Art. 12, Diritto al matrimonio, cit., pp. 369-370; D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, Law of the European convention on human rights, cit., p. 550.

[25] Sul punto v. D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, Law of the European convention on human rights, cit. p. 550 e F. G. Jacobs, R. C A. White, The European convention of Human rights, fourth edition, Oxford, Oxford University press, 2006, p. 177.

[26] In questo senso v. anche J. P. Marguènaud, La liberté matrimoniale, cit., p. 17.

[27] Cfr. X c. Regno unito n. 3898/68, 35 CD 102 (1970); 13 YBECHR 674 (1970).

[28] Cfr. V. Odièvre c. Francia, 13 febbraio 2003 e Burden c. Regno unito, 12 dicembre 2006. Su questi precedenti v. R. Tosi, Art. 12, Diritto al matrimonio, cit., p. 371; J. P. Marguènaud, La liberté matrimoniale, cit., p. 22.

[29] Khan c. Regno unito n. 11579/85, 48 DR 252 (1986). Su questo precedente v., in particolare, R. Tosi, Art. 12, Diritto al matrimonio, cit., p. 371; J. P. Marguènaud, La liberté matrimoniale, in F. Krenc-M. Puèchavy (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme. Actes du colloque organisé le 4 mai 2007 par l'institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris*, Nemesis, Bruylant, 2008, pp. 17, 20; J. García Roca e P. Santolaya (coordinatores), *La Europa de los derechos. El convenio europeo de los derechos humanos* (segunda edición), Centro de estudios político y constitucionales, Madrid, 2009, p. 692.

[30] Il diritto al matrimonio potrebbe essere invece leso dalle limitazioni della capacità matrimoniale discendenti dalle condizioni finanziarie e dallo stato di salute, fisica e mentale, dei nubendi che non siano privi della capacità naturale; parimenti, possono essere in contrasto con il diritto di cui all'art. 12 Cedu le previsioni di incapacità legale assoluta derivante da una sentenza di interdizione, che prescindono dalla sussistenza della capacità naturale. In questa linea si colloca la decisione B e L c. Regno unito (B e L c. Regno unito, Hudoc (2005) par. 36, 37, 41 (cfr. D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, Law of the European convention on human rights, cit., p. 551). In questo caso, una legge vietava il matrimonio di un uomo con la ex moglie del figlio. La ratio legis era da individuarsi nella protezione del figlio da eventuali rivalse da parte del genitore e nella protezione dei figli già nati dal precedente matrimonio, nipoti del soggetto che aspirava a sposarsi. Nonostante la Corte avesse rilevato che un simile limite era previsto dalla legislazione di 21 Stati e che gli scopi perseguiti erano legittimi, si ritenne che – tenuto conto delle circostanze del caso – il divieto fosse in violazione dell'art. 12 Cedu. Si evidenziò infatti che il divieto non impediva comunque la convivenza, che già aveva luogo, tra il padre, l'ex moglie del figlio e il figlio di questi ultimi (nipote dell'aspirante coniuge) e che, inoltre, il divieto non aveva carattere assoluto, potendo essere derogato con un atto particolare del Parlamento. Parimenti lesivo del contenuto minimo del diritto al matrimonio è stato ritenuto il divieto imposto a un cittadino svizzero divorziato di risposarsi per tre anni. Il soggetto colpito dal

divieto aveva in precedenza contratto matrimonio e aveva divorziato tre volte, le ultime due delle quali con addebito di colpa. In seguito al secondo divorzio, la Corte aveva imposto un divieto di contrarre matrimonio per un anno; in seguito al terzo divorzio – le cui pratiche furono avviate due settimane dopo il matrimonio – fu imposto un divieto di contrarre matrimonio per tre anni. Sebbene il divieto fosse imposto perseguendo interessi comunque riconducibili al matrimonio e alla famiglia da costituirsi (in particolare, la tutela della futura sposa e della prole), con una maggioranza risicata (nove voti contro otto) il divieto è stato ritenuto inappropriato e sproporzionato, mentre la minoranza dei giudici aveva ritenuto la restrizione riconducibile alla discrezionalità della legge (cfr. F v. Switzerland [A 128 (1987); 10 EHRR 411 paragrafi 30-40 PC]). E' stato altresì ritenuto in violazione dell'art. 12 Cedu il divieto di matrimonio tra un uomo e la ex moglie del figlio fino a quando l'ex moglie e l'ex marito degli aspiranti coniugi fossero stati in vita. Anche in questo caso, la ratio della norma è da ravvisarsi nella tutela di soggetti riconducibili al matrimonio e alla famiglia (la tutela del figlio rispetto al padre e dei figli del primo matrimonio), e anche in questo caso la Corte ha ritenuto il divieto in violazione dell'art. 12 Cedu: cfr. B e L c. Regno unito, Hudoc (2005), par. 36 37 e 41. Per una ricostruzione dei precedenti v. Alaistair Mowbray, Cases and materials on the European Convention on Human rights, Oxford university press, Oxford, 2007, p. 779 ss., p. 786; Convenio europeo de los derechos humanos, cit., p. 495; J. P. Marguènaud, La liberté matrimoniale, cit., pp. 21-22; D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, Law of the European convention on human rights, cit., p. 550.

[31] Selim c. Cipro, Corte Edu 16 luglio 2002, (dec.), n. 47293/99).; v. anche Convenio europeo de los derechos humanos, cit., p. 494; J. García Roca e P. Santolaya (coordinadores), La Europa de los derechos. cit., pp. 700-701.

[32] Staiku c. Grecia n. 35426/97 hudoc 1997 DA.

[33] Commissione, rapp. 13 dicembre 1979, Hamer c. Regno Unito, DR, 24, pp. 5 ss.

[34] Commissione, rapp. 10 luglio 1980, Draper c. Regno Unito, DR, 24, pp. 5 ss.

[35] Per una ricostruzione di questi precedenti v. R. Tosi, Art. 12, Diritto al matrimonio, cit., p. 372; A. Mowbray, Cases and materials on the European Convention on Human rights, cit., p. 785 s.; Convenio europeo de los derechos humanos, cit., p. 495; J. P. Marguènaud, La liberté matrimoniale, cit., p. 23; D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, Law of the European convention on human rights, cit., p. 551.

[36] Su questi precedenti v. J. P. Marguènaud, La liberté matrimoniale, cit., p. 20.

[37] Cfr. Klip e Kruger c. Olanda, 3.12.1997 (dec.), n. 33257/96.

[38] Savoia e Bounegru c. Italia n. 8407/05 hudoc (2006) DA. Sul punto v. anche D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, Law of the European convention on human rights, cit.,

p. 552 e L. Lenti, Il matrimonio dello straniero e la regolarità del soggiorno, cit., p. 198.

[39] Su questo precedente v. Boucard, *Le droit de se marier*, R. T. D. H. 1992, p. 355 ss.

[40] Per un ricostruzione della giurisprudenza testè esaminata v. R. Tosi, Art. 12, Diritto al matrimonio, cit., p. 369 ss.; D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European convention on human rights*, cit., p. 549 ss.. Deve infine essere considerato che vi sono precedenti in cui le aspirazioni familiari in conflitto con l'interesse alla regolazione dei flussi migratori sono ricondotte all'art. 8 Cedu (diritto alla vita privata e familiare), piuttosto che all'art. 12 Cedu. In *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno unito*, decisione del 28 maggio 1985 (su cui v. anche R. Tosi, Art. 12, Diritto al matrimonio, cit., p. 375 e D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European convention on human rights*, cit., p. 552), la questione giuridica posta era se uno Stato sia tenuto a consentire l'ingresso e il soggiorno di uno straniero sposato con un cittadino per risiedere sul territorio nazionale e lì costituire una famiglia. Nella decisione si è posta in evidenza l'esistenza di un conflitto tra l'interesse di cui all'art. 8 Cedu e quello alla regolazione dei flussi migratori, e si è sostenuto che non grava sugli Stati contraenti l'obbligo di rispettare la scelta da parte di due coniugi del paese dove risiedere, in particolar modo se non vi sono impedimenti all'esercizio del diritto nel paese di origine. Anche questo precedente – come *Savoia e Bounegru c. Italia* - è interessante in quanto si pone in correlazione l'interesse alla regolazione dei flussi migratori con il diritto alla vita privata e familiare, e si afferma la prevalenza del primo rispetto al secondo. E' altresì vero, però, che è indubbio che il diritto alla vita privata e familiare possa essere inciso da uno Stato – si pensi, in questo senso, agli effetti del provvedimento di espulsione – nel perseguimento di interessi esterni al matrimonio, come appunto la regolazione dei flussi migratori.

[41] Peraltro, è degno di nota che anche il provvedimento di allontanamento per gli stranieri comunitari e i loro familiari che risiedono nel territorio dello Stato da più di dieci anni, i quali godono della “protezione rafforzata”, deve essere fondato (come di recente evidenziato la Corte di giustizia con la sentenza del 23 novembre 2010, causa C-145/09) su un esame individuale del caso specifico (v., in particolare, sentenza *Metock e a.*, cit., punto 74) e può essere giustificato da motivi imperativi di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 28, n. 3, della direttiva 2004/38 solo in presenza di una minaccia straordinariamente grave, tenuto conto degli interessi da garantire.

[42] Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 dicembre 2010, *O'Donoghue e altri c. Regno Unito*.

[43] In particolare, la UK Border Agency può chiedere informazioni su: a) quando il richiedente e il suo fidanzato (o fidanzata) si sono conosciuti; b) quando la coppia ha deciso di sposarsi o di costituire una unione civile; c) dove la coppia avrebbe vissuto, se autorizzata a contrarre il matrimonio o a costituire un'unione civile; d) l'esistenza di preparativi per una cerimonia religiosa, incluso la natura della stessa, compresi l'indicazione della persona che l'avrebbe celebrata, e i recapiti necessari per contattarla,

l'organizzazione di un eventuale ricevimento, compresi i dettagli del luogo prescelto, la prova della prenotazione e i contatti rilevanti; e) le prove della relazione con il fidanzato (fidanzata), nel caso in cui non convivessero da prima (ad esempio, lettere e fotografie come prova della relazione); f) le prove della vita insieme dei fidanzati, nel caso in cui convivessero, incluso l'indirizzo di casa, l'indicazione di quanto tempo avevano vissuto insieme e la prova documentale nella forma della corrispondenza inviata ad entrambi i soggetti da gestori di servizi pubblici, organismi governativi, autorità locali, istituzioni finanziarie e così via; g) i nomi di eventuali figli nati dalla coppia o da precedenti relazioni, e l'indicazione di dove questi vivono, la durata del tempo ciascuno di essi aveva vissuto con l'istante e il suo o la sua fidanzata, i nomi dei genitori naturali ed eventuali dettagli di chi li sosteneva; h) i numeri telefonici di contatto per l'istante e il suo o la sua fidanzata nel caso in cui un funzionario pubblico avesse la necessità di contattarli; i) ogni ulteriore informazione che l'istante avesse voluto fornire in quanto reputata utile ai fini del procedimento.

[44] In virtù della dottrina del margine di apprezzamento, data la natura sussidiaria della convenzione, è ammessa una implementazione dei diritti fondamentali in forme e con intensità diverse da ordinamento a ordinamento. La Corte combina una pluralità di criteri per valutare l'ammissibilità della compressione del diritto, e in particolare: l'importanza del diritto che è stato sacrificato (avendo la Corte dei diritti individuato una gerarchia tra i diritti protetti nella carta), il collegamento tra il diritto sacrificato e la società democratica; l'assenza di analoghe forme di limitazione del diritto in altri paesi del Consiglio d'Europa; il peso dell'interesse protetto con la misura limitativa del diritto; la proporzionalità tra il sacrificio imposto e il bene che si intende conseguire. Per una ricostruzione del canoni della dottrina del margine di apprezzamento, v. D. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, Law of the European convention on human rights, cit., p. 349 ss.

[45] Nella sentenza si legge: “The Court recalls that it has previously, albeit in different circumstances, held that a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right fell outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin was (Hirst v. the United Kingdom (n. 2) [GC], no. 74025/01, 82, ECHR 2005-IX). Likewise, in the present case, the Court considers that there is no justification whatsoever for imposing a blanket prohibition on the right of persons falling within these categories to exercise their right to marry”.

[46] La base giuridica di questo principio è da ravvisarsi nell'art. 10, comma 3 del regolamento comunitario 1612/1968, qualora un cittadino di un paese Ue eserciti il diritto di stabilimento in un altro paese europeo, hanno diritto a stabilirsi con lo stesso anche il coniuge, i discendenti minori di 21 anni o a carico e gli ascendenti a carico, sempre che la famiglia disponga di un alloggio considerato idoneo, e nell'art. 3, comma 1, della direttiva 2004/38/CE, avente ad oggetto il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

[47] CGCE, 11 luglio 2002, C-60/00, Mary Carpenter – Secretary of State for the Home

Department.

[48] V. le linee guida della Commissione UE relative alla migliore trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari, p. 3, in [www.melinpot.org/IMG/pdf/linee\\_guida\\_UE\\_doc.pdf](http://www.melinpot.org/IMG/pdf/linee_guida_UE_doc.pdf)

[49] Il principio di non discriminazione è espressamente sancito dall'art. 23 del d. lgs. 30/2007. E' peraltro degno di nota il fatto che anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 443 del 1997, si è pronunciata su un caso di "discriminazione a rovescio" dei produttori di paste alimentari italiani rispetto ai produttori di altri paesi UE, i quali erano liberi di esportare i loro prodotti in Italia, in virtù del principio della libera circolazione seconde le regole del "paese di origine" (sent. Cassis de Dijon, CGCE 120/78 del 20/07/1979), senza osservare i vincoli previsti per i produttori italiani dalla disciplina legislativa interna. In tale decisione il giudice delle leggi aveva sostenuto che "lo spazio di sovranità che il diritto comunitario lascia libero allo Stato italiano può non risolversi in pura autodeterminazione statale o in mera libertà del legislatore nazionale, ma è destinato ad essere riempito dai principi costituzionali", e in particolare dall'art. 3 Cost.

[50] Sulle trasformazioni del processo di integrazione europea, dalla costruzione del mercato unico alla ricerca di una rinnovata legittimazione per il tramite del riconoscimento e della garanzia dei diritti del cittadino europeo, cfr. M. Bell, Anti-discrimination law in the European Union, Oxford University press, Oxford, 2002, p. 12 ss. e S. Ninatti, Il diritto alla vita familiare all'esame della Corte di giustizia, in M. Cartabia, I diritti in azione, cit., pp. 239 ss.

[51] Nel caso in esame, quindi, i parametri alla luce dei quali giudicare la "legittimità europea" del novellato art. 116 c.c. avrebbero potuto essere il divieto di discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 del Trattato sul funzionamento dell'UE), il diritto alla vita privata e familiare (art. 7 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia (art. 9 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazione (artt. 20 e 21 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Una decisione significativa in questo senso è quella adottata nel caso Akrich. Un cittadino marocchino residente irregolarmente nel territorio del Regno unito si sposò con una cittadina britannica e, dopo tale matrimonio, fece istanza di permesso di soggiorno, che gli venne negato. In seguito all'espulsione e a un successivo soggiorno in Irlanda (soggiorno questa volta regolare), la coppia fece ritorno nel Regno unito ritenendo che, se l'ingresso e il soggiorno erano consentiti a un cittadino di un paese UE e a un cittadino di paese terzo uniti in matrimonio, esso sarebbe dovuto essere consentito anche al cittadino del paese in cui si faceva ingresso (nel caso di specie, il Regno unito) sposato con un cittadino di paese terzo. Adita in via pregiudiziale, la Corte di giustizia ha dato una risposta di estremo interesse in quanto, pur ritenendo inapplicabile l'art. 10 del regolamento comunitario 1612/1968 che regola la libera circolazione, in quanto il primo ingresso nel territorio del Regno unito da parte del cittadino di paese terzo era stato irregolare, ha comunque invitato il giudice rimettente a

fare applicazione al caso di specie dell'art. 8 Cedu (e del giudizio di proporzionalità tra l'interesse di cui al diritto umano in questione e l'interesse pubblico sottostante la disciplina sull'immigrazione), e ha altresì sottolineato che l'abuso del diritto in questo caso sarebbe ravvisabile solo se si fosse in presenza di un "matrimonio di comodo". In ultima analisi, pertanto, questa decisione fa discendere il diritto di stabilimento dal diritto alla vita privata e familiare, piuttosto che dal diritto alla libera circolazione. Per un'analisi della giurisprudenza, v. S. Ninatti, *Il diritto alla vita familiare all'esame della Corte di giustizia*, cit., p. 261

[52] L'estensione della competenza della Corte europea di giustizia con riferimento agli atti interni discende dal principio della incorporation. Tale principio, affermato dalla Corte di giustizia nelle decisioni Cinetheque del 1985 e Vajnai del 2005 e formalizzato dall'art. 51, par. 1 della Carta di Nizza, sancisce che la Corte di giustizia è competente a sindacare non solo la legittimità degli atti comunitari ma anche di alcuni atti interni, e in particolare: a) gli atti statali che danno attuazione al diritto comunitario; b) gli atti che derogano a una libertà del mercato. Sulla incorporation tra precedenti giurisprudenziali e testo della Carta dei diritti v. M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 26 e 28; M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quad. Cost.* 2009, p. 544 ss.

Con le decisioni K. B. e Richards, tuttavia, la Corte di giustizia ha esteso l'ambito di applicazione del principio della incorporation, ritenendo sindacabili anche gli atti che, pur non pregiudicando in via diretta un diritto europeo, costituiscono una delle condizioni per il suo godimento. In altri termini, pertanto, sono oggetto del sindacato di legittimità non solo gli atti che rientrano nella competenza comunitaria e incidono in via diretta su un diritto europeo, ma anche gli atti che non sono di competenza comunitaria e incidono in via indiretta su un diritto europeo, perché dell'esercizio di tale diritto costituiscono una precondizione. Come è stato posto in evidenza, la Corte configurando come condizione per il godimento le più svariate normative potrebbe allargare in misura pressoché illimitata l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali europei, con conseguente aggiramento degli argini di competenza di cui all'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: cfr. M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., pp. 26 e 28; Id., *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, cit., p. 546.

[53] Cfr. M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, cit., p. 550. E' stato tuttavia rilevato che le Corti costituzionali nei paesi di civil law studiano e talora utilizzano i precedenti giurisprudenziali stranieri, senza farne espressa menzione nella motivazione delle sentenze: cfr. T. Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quad. Cost.*, 1/2011, p. 202.

[54] Il giudice di pace di Trento ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-bis d. Lgs. 286/98 (come modificato dalla l. 94/2009), "nella parte in cui non prevede la sospensione del procedimento di espulsione a carico del cittadino straniero

irregolare per l'esercizio del prevalente diritto a contrarre matrimonio per l'assenza della clausola "senza giustificato motivo"; dell'art. 6, co. 2 e 3, d. lgs. 286/1998, "nella parte in cui non prevede l'esclusione dall'obbligo di esibizione del titolo di soggiorno da parte del cittadino straniero che intenda esercitare il diritto al matrimonio"; dell'art. 116 c.c., "nella parte in cui subordina l'esercizio del diritto al matrimonio alla esibizione del prescritto nulla osta e del titolo di soggiorno". Il giudice a quo ha individuato come parametri gli artt. 2, 3 e 29 Cost., lamentando la discriminazione nell'esercizio del diritto fondamentale a contrarre matrimonio; parimenti, ha ritenuto indirettamente violato l'art. 117, co. 1 Cost., per il mancato rispetto delle norme interposte di cui agli artt. 8 e 12 Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare e diritto al matrimonio). Infine, il giudice rimettente ha richiamato la decisione del Conseil Constitutionnel emanata in data 26 novembre 2003 (parr. 95 e 96), con la quale si è affermata l'illegittimità costituzionale di analoghe disposizioni contenute in un progetto di legge presentato e poi ritirato dal Governo francese.

[55] Cfr.  
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2003/2003-484-dc/decision-n-2003-484-dc-du-20-novembre-2003.871.html>.

[56] Le parole dell'art. 116 c.c. della cui legittimità il giudice a quo dubitava erano «nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano».

[57] Su tale principio nella giurisprudenza costituzionale, v. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 149.

[58] Al di fuori da questa impostazione si colloca Alessandro Pace, per il quale le Costituzioni sono un "fatto politico", per cui i diritti e doveri in esse previsti sarebbero propri dei cittadini, mentre allo straniero spetterebbero comunque i diritti previsti dalla legge in base alle convenzioni internazionali, secondo quanto previsto dall'art. 10, comma 2 Cost.: v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pp. 10-11; Id., *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2010, p. 7. In senso analogo v. P. Stancati, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in *Associazione dei costituzionalisti, Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Jovene, 2010, 2010, p. 26 ss., p. 38 ss.

[59] Cfr. M. Cartabia, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, cit., p. 547 e T. Groppi, *Bottom up globalization*, cit., p. 201.

[60] Cfr. G. Zagrebelsky, *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei beni costituzionali. Discorso di Gustavo Zagrebelsky, pronunciato in Campidoglio per la celebrazione dei 50 anni di attività della*

Corte costituzionale – Roma, 22 aprile 2006, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), p. 5. Per l'autore, i cittadini di un ordinamento non sono chiamati a subire “inclinazioni, entusiasmi o mode straniere” (come detto invece nell'opinion del giudice Scalia in Lawrence v. Texas [2003]). Il fine è principalmente di diritto interno. E' come ricorrere, per risolvere un problema difficile, a “un amico ricco di esperienza”, che fa pensare meglio, risveglia energie potenziali latenti, allarga le prospettive e arricchisce le argomentazioni, portando alla luce punti di vista forse altrimenti ignorati: “il diritto comparato mi serve come uno specchio: mi consente di osservarmi e comprendermi meglio” (parole inedite di Aharon Barak, Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia, Fulbright Convention del 29 gennaio 2006)”. Su questi processi v. altresì P. Haberle, Stato costituzionale III, in Enc. Giur., XXX, Roma, 2000, p. 16, secondo cui le “nuove” fonti del diritto (i diritti dell'uomo, i principi generali, i rinvii generali al “diritto”) “dal punto di vista esterno, inseriscono lo Stato costituzionale in relazioni interregionali ed universali proprie di una ‘società mondiale’ ovvero dell’umanità e permettono, all’interno, un affinamento dei processi di costruzione del diritto e dunque un surplus di giustizia. Inoltre esse rendono possibile l’impiego di esperienze proprie di altre comunità giuridiche, in particolare di stati costituzionali confinanti, cosicché la comparazione (giuridica) può essere un arricchimento”. Secondo G. Demuro, Interpretazione e applicazione del diritto, in Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convengo Annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004, Cedam, Padova, 2008, p. 42, secondo cui “attraverso la circolazione delle idee per il tramite delle giurisdizioni altre si nutre l’idea del limite e si aggiungono argomenti all’interpretazione costituzionale. Secondo D. Tega, La Cedu e l’ordinamento italiano, cit., p. 67, in tale contesto la tutela dei diritti è svincolata “da presupposti di natura politica o culturale tipici dello Stato nazione, e invece legata ad un patrimonio giuridico che ha presunzione di essere dell’intera umanità”.

[61] Su questo fenomeno v. D. Tega, La Cedu e l’ordinamento italiano, cit., p. 79.

[62] Sul punto v. M. Cartabia, L’universalità dei diritti umani nell’età dei nuovi diritti, cit., pp. 550-551; 566-567.

[63] Su questo tema v. M. Cartabia, L’Universalità dei diritti umani nell’età dei “nuovi diritti”, cit., p. 554, 559; I. Ruggiu, Diversity as public good? Cultural identity in legal narratives, in S. Niccolai-I. Ruggiu (eds.), Dignity in change. Exploring the Constitutional potential of EU gender and antidiscrimination law, European press academic publishing, 2010, pp. 169 ss. e passim; T. Groppi, Bottom up globalization? cit., p. 206.

[64] Sul punto v. P. Tanzarella, Il margine di apprezzamento, cit., pp. 145-146.

[65] Cfr. G. Zagrebelsky, La legge e la sua giustizia, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 405.

[66] Cfr. C. Mezzanotte, Corte costituzionale e legittimazione politica, Tipografia

Veneziana, Roma, 1984, p. 131 ss., in part. p. 133.

[67] Sull’aspirazione delle Corti costituzionali a raggiungere un consenso tendenzialmente unanime, v. G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005, p. 44 ss.

[68] Sempre sul tema del rapporto tra Corti e diritti v. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1663, secondo cui “nello stato costituzionale di diritto (quanto meno nella sua versione continentale, appunto), i giudici svolgono un’opera essenziale di protezione dei diritti fondamentali, ma questa non può sovrapporsi all’azione degli organi politici e trasformarsi in opera di creazione di quei diritti. E’ dunque particolarmente grave che il costituzionalismo multilivello non solo esalti acriticamente l’opera della giurisdizione, ma riservi un trattamento peggiore proprio ai giudici costituzionali dei singoli Paesi, i quali sono maggiormente vicini alla realtà della società civile e traggono la propria legittimazione da una decisione costituente democratica, per consentire a Corti sovranazionali o internazionali, prive del medesimo titolo legittimante, di imporre il proprio apprezzamento discrezionale di pretesi valori “costituzionali” potenzialmente confliggenti con quelli nazionali. E’ più difficile che i giudici costituzionali dei singoli Paesi, legati come sono a Costituzioni nazionali fondate sul principio democratico, non abbiano rispetto dei limiti dei propri poteri; è assai più consistente il rischio che a debordare siano istanze giudiziarie il cui paradigma di giudizio (le disposizioni di un trattato internazionale) è assai diverso”. Sul tema del rapporto tra Costituzione, potere e legittimazione v. altresì F. Cerrone, *La cittadinanza ed i diritti*, in R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2001, p. 269, secondo cui il potere, nella dimensione sovranazionale, si “nasconde”; e “se il potere si rende indisponibile, si sottrae allo sforzo regolativo delle Costituzioni, queste perderanno il loro senso ultimo e ... [di conseguenza] anche le relazioni fra potere e obbedienza e le strategie di disciplina, perfino il cruciale ed eluso tema della legittimazione, cercheranno nuove dimensioni, si spingeranno verso forme di definizione dei rapporti fra poteri politici e poteri economici”.

[69] Sul punto v. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2/2006, p. 1661.

[70] Sulla Corte costituzionale come organo volto ad assicurare, al tempo stesso, la giustizia costituzionale intesa come applicazione di una istanza unitaria di valore esistente a priori e la giustizia costituzionale intesa come controllo a posteriori sul risultato perseguito dalla norma oggetto del giudizio, v. C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 142 ss.

[71] Cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 404-405.

[72] Cfr. C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, tr. It. di Der Huter der Verfassung (1931), a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1981, p. 62 ss. Sulle critiche

all'elaborazione di Schmitt, considerate superate nel contesto delle Costituzioni dello Stato pluralista, v. C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., pp. 148-149 e G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 28 ss.

[73] Spunti critici sull'espansione del diritto giudiziale a discapito della politica sono contenuti in M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1658 ss. Una vicenda emblematica dell'influenza dei precedenti non nazionali nell'argomentare delle Corti costituzionali è il caso Makwanyane del 1995, deciso dalla Corte costituzionale del Sud Africa, di recente ricostruito da T. Groppi, *Bottom up globalization*, cit., p. 201: in esso “la Corte, dichiarando incostituzionale la pena di morte a fronte di una opinione pubblica in gran parte favorevole al suo mantenimento, ha attentamente esaminato la giurisprudenza degli Stati Uniti e dell'India, secondo la quale la pena di morte non costituisce un trattamento crudele o degradante, rigettandone le soluzioni in base al diverso quadro costituzionale, per poi passare a cercare, nel mondo, pronunce che, al contrario, la definiscono tale, fino a trovare una sentenza di poco anteriore della Corte costituzionale ungherese, che ha ampiamente citato e utilizzato”.

[74] In questo senso v. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., p. 1660, secondo cui la dottrina del costituzionalismo multilivello si distingue per “la positiva valutazione della moltiplicazione delle istanze di protezione dei diritti: la disponibilità di una pluralità di sedi di riconoscimento e garanzia dei diritti consentirebbe l'assestamento della loro tutela al livello più alto. In realtà, così ragionando si confondono la quantità dei diritti e degli strumenti di tutela con la qualità di protezione della persona, offrendo una visione molto ottimistica del problema della pluralità dei livelli di sovranità e della parallela molteplicità dei piani e delle prospettive di tutela. Solo una ricostruzione ingenua della nozione di diritto fondamentale, dell'origine e del contenuto delle situazioni soggettive e degli universi di valore che così qualifichiamo, può indurre a credere che: a) la stessa etichetta (poniamo “libertà di associazione”) denoti la medesima cosa in tutti i contesti e in tutte le esperienze giuridiche; b) sia possibile stabilire qual è il livello di protezione “più alto” dei diritti. Tutt'al contrario, la coincidenza di etichetta o addirittura di formulazione testuale della disposizione di tutela di un diritto non vuol dire più di tanto, a fronte della diversità storica degli ordinamenti e delle stratificazioni giurisprudenziali accumulate in decenni o addirittura in secoli. Per altro verso, nessuno può dire se sia più elevato il livello di protezione in un ordinamento che – ad esempio – assicura al massimo grado la libertà di impresa e di concorrenza, o in un ordinamento che, nell'intento di proteggere taluni interessi pubblici o taluni diritti sociali confliggenti con quelli economici, limita e circoscrive la facoltà di movimento e di azione dei vari operatori sul mercato. Oppure in un ordinamento che tutela attentamente il diritto ad una maternità consapevole, ovvero in un altro che si preoccupa di riconoscere diritti al nascituro e di proclamarli intangibili”.

[75] Su questo punto v. D. Tega, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto*, in *Quad. cost.*, 1/2008, p. 136; N. Pignatelli, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del*

2007: la dilatazione della tecnica della “interposizione” (e del giudizio costituzionale), in Quad. cost., 1/2008, p. 142; F. Sorrentino, Apologia delle “sentenze gemelle”, in Dir. Soc., 2/2009, p. 223; S. Bartole, Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale, in Quad. cost., 2009, p. 580; O. Pollicino, Margine di apprezzamento, art. 10 c. 1 Cost., e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 de 317 del 2009 della Corte costituzionale, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2009, p. 2.

[76] Cfr. T. Groppi, Bottom up globalization, cit., p. 206.

[77] Cfr. Scalia, J., dissenting Nos. 99–7791 and 00–38: “a criminal alien under final order of removal who allegedly will not be accepted by any other country in the reasonably foreseeable future claims a constitutional right of supervised release into the United States. This claim can be repackaged as freedom from “physical restraint” or freedom from “indefinite detention,” ante, at 9, but it is at bottom a claimed right of release into this country by an individual who concededly has no legal right to be here. There is no such constitutional right”. “We are offered no justification why an alien under a valid and final order of removal—which has totally extinguished whatever right to presence in this country he possessed—has any greater due process right to be released into the country than an alien at the border seeking entry”.

[78] Sul punto v. A. Pace, Problematica delle libertà costituzionali, cit., pp. 46–47, secondo cui, in senso critico rispetto a quella parte della dottrina che ritiene ammissibile la revisione costituzionale delle disposizioni relative a “diritti inviolabili”, purché idonea ad ampliare (e non a restringere) la sfera del costituzionalmente protetto, evidenzia come “il giudizio se un emendamento costituzionale sia ‘riduttivo’ o meno del contenuto di un diritto, presuppone, a ben guardare, l’attenta considerazione non solo del diritto che si intende ‘ampliare’, ma anche delle corrispondenti limitazioni che verrebbero imposte ai titolari di diritti interdipendenti con diritto che si intende ‘migliorare’ (si pensi all’interdipendenza tra le discipline della libertà di riunione in luogo pubblico e della libertà di movimento; della libertà di informazione e del diritto alla riservatezza; del diritto di elettorato passivo e delle libertà economiche; delle azioni positive e dell’eguaglianza formale ecc.)”.

[79] Per una critica dell’interpretazione per valori e a favore del giuspositivismo “temperato” o “critico” v. A. Pace, Problematica delle libertà costituzionali, cit., p. 24 ss.; Id., Metodi interpretativi e costituzionalismo in Quad. Cost., 2001, p. 38 ss.; V. Onida, L’eguaglianza e il principio di non discriminazione, in [www.luiss.it/semcost](http://www.luiss.it/semcost), p. 13. In senso critico v. O. Chessa, Libertà fondamentali e teoria costituzionale, Giuffrè, Milano, 2002, p. 360 ss, secondo cui le Corti costituzionali occidentali di regola interpretano le disposizioni costituzionali relative alle libertà come principi, il cui rispetto è verificato mediante lo scrutinio “stretto” di ragionevolezza, e l’interpretazione delle disposizioni costituzionali sui diritti come “regole” si porrebbe in conflitto con l’istituto della riserva di legge, che demanda al legislatore la definizione delle regole medesime (nel rispetto,

secondo l'autore, delle norme principio sui diritti).