

GIURISPRUDENZA

Il diritto di sposarsi dei cittadini stranieri in situazione irregolare: il caso *O'Donoghue* della CEDU e la sentenza n. 245/2011 della Corte costituzionale italiana

di *Alessandra Zanobetti**

Sommario: Introduzione: le misure per arginare il fenomeno dei matrimoni fittizi - 1. La sentenza della CEDU nel caso O'Donoghue - 1.1. Il "Certificate of Approval" previsto dalla normativa britannica - 1.2. I fatti e le opinioni delle parti - 1.3. La decisione della Corte - 2. La questione di legittimità costituzionale della modifica dell'art. 116 c.c. introdotta nel 2009 con il c.d. pacchetto sicurezza - 2.1. La modifica all'art. 116 c.c. e la questione di legittimità costituzionale - 2.2. La decisione della Corte costituzionale - 2.3. L'art. 6, co. 2, del d.lgs. 25.7.1998, n. 286 e il diritto di sposarsi - Considerazioni conclusive: diritto di sposarsi e di fondare una famiglia e disciplina dell'immigrazione

Introduzione: le misure per arginare il fenomeno dei matrimoni fittizi

Il fenomeno dei matrimoni di convenienza, contratti al fine di aggirare le norme in materia di immigrazione e di facilitare l'ottenimento di un permesso di soggiorno, del ricongiungimento familiare o l'acquisto della cittadinanza, è in progressiva crescita, facilitato anche dall'azione di organizzazioni illegali operanti in vari Paesi, per cui numerosi Stati negli ultimi anni hanno adottato provvedimenti volti ad arginarne la diffusione.¹

* Professore nell'Università di Bologna.

1. Cfr. a questo proposito C. Brière, nota in *Journal du droit international*, 2009, pag. 147; P. Morozzo della Rocca, *Il matrimonio dello straniero in Italia*, in *Immigrazione e cittadinanza*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Torino, 1998, pag. 305; C. Nast, *Matrimoni simulati e frode in materia di stato civile: esempi di misure nazionali e di cooperazione internazionale*, in *Lo stato civile italiano*, 2007, pag. 96, nonché alcuni studi pubblicati su *European Journal of Migration and Law*, 2006: a pag. 251, B. de Hart, *Introduction: The Marriage of Convenience in European Immigration Law*; a pag. 263, M. C. Foblets, D. Vanheule, *Marriages of Convenience in Belgium: the Punitive Approach gains Ground in Migration Law*; a pag. 281, D. Digruber, I. Messinger, *Marriage of Residence in Austria*; a

Poiché la questione è legata alla circolazione delle persone, anche l'Unione europea è intervenuta in materia, sia specificamente, sia nell'ambito delle norme in materia di ricongiungimento familiare. Il Consiglio dell'Unione ha adottato il 4.12.1997 una risoluzione «sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi»,² che chiede agli Stati membri di adoperarsi per individuare i matrimoni da ritenersi per l'appunto "fittizi" - definiti come matrimoni celebrati al fine di eludere le norme sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi - e di verificare, in caso di dubbio, la genuinità del legame fra i coniugi prima di rilasciare titoli di ingresso e soggiorno, o eventualmente di provvedere al ritiro o al mancato rinnovo dei titoli, qualora si accertasse che il matrimonio doveva considerarsi fittizio.³ La direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare prevede che il permesso di soggiorno possa essere rifiutato, ritirato o non rinnovato se si accerta che la relazione familiare su cui si basa è stata posta in essere unicamente allo scopo di ottenere il ricongiungimento, aggirando le norme sull'immigrazione;⁴ la direttiva

pag. 303, H. Wray, *An Ideal Husband? Marriages of Convenience, Moral Gate-keeping and Immigration to the UK*.

2. Risoluzione del Consiglio del 4.12.1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi (97/C 382/01), in GUCE n. C 382 del 16.12.1997, pag. 1.

3. Art. 3: «Qualora esistano fattori a sostegno del sospetto che si tratti di un matrimonio fittizio, gli Stati membri rilasciano al cittadino di un Paese terzo il permesso di soggiorno o un titolo di soggiorno in virtù del matrimonio soltanto previa verifica da parte delle autorità competenti secondo la legislazione nazionale che il matrimonio non è fittizio e che sono soddisfatte le altre condizioni relative all'ingresso e al soggiorno. L'accertamento può implicare un colloquio separato con ciascuno dei due coniugi»; art. 4: «Allorché le autorità competenti secondo la legislazione nazionale stabiliscono che il matrimonio è fittizio, il permesso di soggiorno, ovvero il titolo di soggiorno in virtù del matrimonio del cittadino del Paese terzo viene di norma ritirato, revocato o non rinnovato». Sulla negoziazione della direttiva, cfr. B. de Hart, *Introduction: The Marriage of Convenience in European Immigration Law*, cit., pagg. 252 ss.

4. L'art. 16 della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22.9.2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare stabilisce che gli Stati membri possono respingere la domanda d'ingresso e di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare, oppure ritirare il permesso di soggiorno o rifiutarne il rinnovo, se accertano che «il matrimonio, la relazione stabile o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di entrare o soggiornare in uno Stato membro». La Corte di giustizia è stata investita della questione dell'elusione delle severe norme britanniche in materia di immigrazione attraverso il ricorso alle norme sul ricongiungimento familiare (all'epoca contenute nel regolamento n. 1612/68) nel caso *Akrich*, deciso dalla Corte con sentenza del 23.9.2003, causa C-109/01; i coniugi avevano ammesso di essersi trasferiti in Irlanda dal Regno Unito, usufruendo delle norme sulla libera circolazione, proprio per poter poi usufruire delle norme comunitarie sul ricongiungimento familiare anziché di quelle britanniche. La Corte non ha accolto

2004/36/CE sulla circolazione delle persone nell'Unione si riferisce ai matrimoni fittizi come esempio di "abuso di diritto", che può giustificare il mancato rilascio, o il ritiro, o il mancato rinnovo, di un permesso di soggiorno.⁵

Reputando evidentemente insufficiente un'azione che riguardasse unicamente le norme sull'immigrazione e sulla concessione della cittadinanza, alcuni Paesi hanno ritenuto opportuno combattere il fenomeno mediante l'adozione di prescrizione di condizioni specifiche per i cittadini stranieri non appartenenti all'Unione europea che intendessero sposarsi sul loro territorio. Due recenti sentenze, una della Corte europea dei diritti dell'uomo, concernente la legislazione del Regno Unito, e una della Corte costituzionale italiana, riguardante la recente modifica dell'art. 116 c.c. introdotta nel 2009 con il c.d. "pacchetto sicurezza",⁶ hanno per oggetto la compatibilità della previsione di requisiti di questo tipo con il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo ed in particolare del diritto di sposarsi.

Le due legislazioni, britannica e italiana, peraltro assai diverse fra loro, avevano in comune l'effetto di restringere l'esercizio del diritto di sposarsi, posto, fra l'altro, dall'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Come si vedrà, la Corte di Strasburgo, con sentenza pronunciata il 14.12.2010, ha considerato la legge britannica in contrasto sia con l'art. 12, sia, per il suo carattere fortemente discriminatorio, con altre norme della Convenzione. La Corte costituzionale italiana, su questione di legittimità costitu-

l'interpretazione, sostenuta dal governo del Regno Unito, che la fattispecie configurasse un abuso di diritto; ha affermato che «In presenza di un matrimonio autentico tra un cittadino di uno Stato membro e un cittadino di un Paese terzo, la circostanza che i coniugi si siano stabiliti in un altro Stato membro per godere dei diritti conferiti dal diritto comunitario al momento del ritorno nello Stato membro di cui il primo è cittadino non è pertinente ai fini della valutazione della loro situazione giuridica da parte delle competenti autorità di quest'ultimo Stato»; ha precisato che la norma sul ricongiungimento non è invece applicabile «quando il cittadino di uno Stato membro e il cittadino di un Paese terzo hanno contratto un matrimonio di comodo, al fine di eludere le disposizioni relative all'ingresso e al soggiorno dei cittadini di Paesi terzi». Cfr. A. Zanobetti, *Il ricongiungimento familiare fra diritto comunitario, norme sull'immigrazione e rispetto del diritto alla vita familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2004, pag. 552.

5. La direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29.4.2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE dispone all'art. 35 che «Gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto conferito dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio».

6. Legge 15.7.2009, n. 94, "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica".

zionale sollevata dal tribunale di Catania con ordinanza del 17.11.2009, con decisione del 20.7.2011 ha accertato il contrasto con alcune norme della Costituzione della modifica dell'art. 116 c.c., fondandosi anche sulla decisione della Corte europea.

1. La sentenza della CEDU nel caso *O'Donoghue*

1.1. Il "Certificate of Approval" previsto dalla normativa britannica

La decisione resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *O'Donoghue* riguarda la pretesa violazione da parte del Regno Unito di alcune norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo,⁷ in particolare, come si è accennato, dell'art. 12 che proclama il diritto di sposarsi.⁸

Il ricorso era stato presentato nel luglio 2007 da due ricorrenti, un cittadino nigeriano, Osita Chris Iwu, e una cittadina con doppia cittadinanza britannica e irlandese, Sinead O'Donoghue, anche in nome e per conto del loro figlio minore e di un altro minore nato da una precedente relazione della O'Donoghue e convivente con i ricorrenti. Essi lamentavano di avere sofferto un pregiudizio a causa delle difficoltà incontrate nell'ottenere il "Certificate of Approval", requisito indispensabile per il matrimonio di cittadini stranieri non residenti permanenti.⁹

Il rilascio del certificato, nella versione originaria del provvedimento, era subordinato al possesso di un permesso di soggiorno nel Regno Unito della durata di almeno sei mesi, purché mancassero almeno tre mesi alla scadenza del permesso stesso al momento della richiesta, e al pagamento di diritti pari a 295 sterline per ogni nubendo soggetto all'obbligo di certificato. In presenza di "exceptional or compassionate grounds", quali ad esempio la gravidanza della cittadina straniera che ne rendeva sconsigliabile il mettersi in viaggio per sposarsi altrove che nel Regno Unito, il certificato poteva essere rilasciato anche in deroga alle prescritte condizioni, su valutazione discrezionale, e sempre previo pagamento dei diritti previsti.

Erano esentati dall'obbligo di certificato unicamente coloro che intendevano far celebrare il matrimonio con il rito della Chiesa anglicana.

La normativa in questione aveva fatto oggetto di scrutinio da parte delle autorità giurisdizionali britanniche nel caso *Baijai*, riguardante anche questa volta uno straniero in situazione irregolare che intendeva sposarsi nel Regno Unito. Questo ele-

7. Sentenza del 14.12.2010, ricorso n. 34848/07, *O'Donoghue & Others v. United Kingdom*.

8. «Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

9. Immigration Directorate's Instructions emanate dal Secretary of State for the Home Department in applicazione della sezione Section 19 of the Asylum and Immigration (Treatment of Claimants etc.) Act 2004 e di altre norme contenute nelle Immigrations Regulations 2005. Per un interessante resoconto degli interventi adottati dalle autorità britanniche per contenere i flussi migratori arginando i matrimoni fittizi, cfr. H. Wray, *An Ideal Husband? Marriages of Convenience, Moral Gate-keeping and Immigration to the UK*, cit., pagg. 303 ss.

mento è importante sia perché aveva condotto il governo britannico ad emendare due volte il testo del provvedimento relativo al Certificate of Approval sia, come si vedrà, perché ha influenzato la Corte di Strasburgo nella liquidazione dei danni nel caso O'Donoghue. Il caso *Baiiai* era stato deciso nel 2006 in primo grado, poi nel 2007 dalla Court of Appeal e infine, nel 2008, era stato portato innanzi alla House of Lords. In tutti e tre i gradi era stato rilevato il carattere non proporzionato e discriminatorio delle condizioni concrete poste per l'ottenimento del certificato,¹⁰ ed era stato inoltre sottolineato che dette condizioni, pur emanate allo scopo di arginare il fenomeno dei matrimoni fittizi, non consentivano di accertare la natura del legame fra i nubendi, poiché si basavano unicamente sulla durata del permesso di soggiorno. Del tutto illogico, e discriminatorio, appariva poi l'esenzione per coloro che potessero - e volessero - sposarsi secondo il rito della Chiesa anglicana, i quali, fra l'altro, erano così anche esenti dal pagamento dei diritti pecuniari previsti. Uno dei membri della House of Lords aveva sottolineato che l'art. 12 proclamava il diritto ad un matrimonio genuino, e non ad uno di mera convenienza, per cui le autorità del Regno Unito ben potevano porre condizioni idonee a rivelare la genuinità del legame fra gli aspiranti coniugi; tuttavia, la normativa relativa al "Certificate of approval" non presentava natura tale da permettere tale accertamento ed inoltre presentava aspetti discriminatori. Un altro membro dell'Alta Corte aveva rilevato che in questo modo un numero elevato di cittadini stranieri, inclusi tutti i richiedenti asilo, veniva privato del diritto di sposarsi, in violazione dell'art. 12 della Convenzione europea, senza alcuna verifica né della genuinità del legame fra gli aspiranti coniugi, né alcuna valutazione degli effetti che il matrimonio avrebbe concretamente avuto sulla situazione migratoria dei soggetti. Si faceva notare che nel periodo febbraio 2005, entrata in vigore della normativa, e l'aprile 2006, data della prima sentenza nel caso in questione, erano state presentate 14.787 richieste di rilascio di certificato, delle quali ne erano state accolte 12.754, soltanto 41 in base alle circostanze eccezionali introdotte nella normativa al fine di renderla più flessibile.

Questo dato era di per sé rivelatore della natura sproporzionata del provvedimento, che obbligava migliaia di persone a ricorrere a questa pratica burocratica e anche costosa, al solo fine di agire come deterrente di eventuali matrimoni di convenienza senza che in realtà fossero svolte serie indagini in tale direzione.

Dopo la sentenza di primo grado nel caso *Baiiai*, la normativa era stata modificata, al fine di consentire ai cittadini stranieri ai quali il certificato fosse stato rifiutato perché il loro permesso aveva una scadenza troppo ravvicinata di chiedere che la loro situazione venisse riesaminata dietro presentazione di ulteriori informazioni al fine di provare la genuinità del legame fra le parti. Dopo la decisione nel grado di

10. *R (on the applications of Baiiai and Others) v Secretary of State for the Home Department* [2006] EWHC 823 QB (Admin); *SSHD v. Baiiai and Others* [2007] EWCA Civ 478; *R. (on the application of Baiiai and others) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 53.

appello, la normativa era stata ulteriormente modificata, estendendo la possibilità di riesame anche ai cittadini stranieri privi di titolo di soggiorno.

Nelle more del ricorso introdotto nel luglio 2007 da Iwu e O'Donoghe presso la Corte europea dei diritti dell'uomo, e come conseguenza della decisione resa dalla House of Lords nel 2008 nel caso *Baiai*, il governo britannico aveva deciso nel 2009 di sospendere la richiesta dei diritti pecuniari collegati al rilascio del documento e nel 2010 aveva disposto il rimborso della somma a coloro che potessero provare la loro condizione di indigenza. Una proposta di modifica della materia, presentata al Parlamento il 27.6.2010, è stata approvata nell'aprile 2011; la nuova normativa, "The Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc) Act 2004 (Remedial) Order 2011", è entrata in vigore il 9.5.2011. La prescrizione del certificato è stata abolita.

1.2. I fatti e le opinioni delle parti

I ricorrenti, di religione cattolica e di precarie condizioni economiche, benché non contestassero la possibilità per il governo britannico di adottare provvedimenti idonei ad arginare il fenomeno dei matrimoni di convenienza, lamentavano la violazione del loro diritto al matrimonio proclamato dall'art. 12 della Convenzione europea, adducendo che la prescrizione del certificato poneva in essere una interferenza sproporzionata con l'esercizio di tale diritto. Il cittadino nigeriano era un richiedente asilo, privo di titolo di soggiorno; finché la versione originale del provvedimento era rimasta in vigore, non avevano neppure potuto presentare domanda per il rilascio. Dopo la prima revisione della normativa egli non rispettava ancora le condizioni previste, e solo dopo l'ulteriore emendamento aveva potuto presentare richiesta di rilascio del certificato. La richiesta non era però stata considerata valida, perché non accompagnata dal contestuale pagamento dei diritti prescritti, e questo benché Iwu avesse motivato l'impossibilità di pagamento con documentate ragioni di indigenza. Solo in seguito ad una colletta fra gli amici, nel 2008 il cittadino nigeriano aveva potuto ripresentare la richiesta versando anche i diritti pecuniari prescritti; ottenuto il certificato, la coppia aveva potuto sposarsi nell'ottobre del 2008. I ricorrenti lamentavano dunque il ritardo nel realizzare la loro aspirazione al matrimonio, che aveva procurato loro un danno morale. I ricorrenti adducevano anche la violazione dell'art. 14 della Convenzione, per il carattere discriminatorio del provvedimento in questione, nonché degli artt. 8, 9 e 13.

A supporto della posizione dei ricorrenti erano intervenute due organizzazioni non governative, la "Equality and Human Rights Commission" e il "Immigrant Council of Ireland - Independent Law Centre"; i loro interventi avevano posto in evidenza la natura sproporzionata del provvedimento, l'eccessiva onerosità dei diritti pecuniari previsti, il carattere discriminatorio della normativa che esentava i fedeli anglicani, nonché la non idoneità del provvedimento a combattere i matrimoni fittizi. Entrambe le organizzazioni avevano indicato che il fenomeno dei matri-

moni di comodo doveva essere combattuto sul piano delle norme sul rilascio dei permessi di soggiorno e non mediante sproporzionate ingerenze nell'esercizio del diritto di sposarsi.

Il governo britannico si era limitato a contestare che i ricorrenti avessero manifestato intenzione di unirsi in matrimonio prima del maggio 2006 e che, poiché avevano pianificato le nozze nel settembre 2007, avevano dovuto adeguarsi alle prescrizioni della normativa soltanto nella sua terza versione. L'unico ostacolo al rilascio del certificato nel loro caso era dunque consistito nel pagamento dei diritti pecuniari. D'altra parte, sin dal 2009 la riscossione dei diritti era stata sospesa e dal luglio 2010 era possibile per le persone in stato di indigenza di chiedere il rimborso delle somme versate.

1.3. La decisione della Corte

La Corte ha innanzitutto precisato la portata dell'art. 12. La disposizione sottopone il diritto di sposarsi alle leggi nazionali degli Stati contraenti, che possono prevedere condizioni attinenti alla pubblicità e alla solennità della celebrazione, nonché requisiti rispondenti al pubblico interesse quali la capacità, il consenso, i gradi di parentela e affinità e la prevenzione della bigamia, ma non hanno il potere di porre condizioni tali da comprometterne la sostanza.¹¹

Diversamente da quanto previsto dal testo dell'art. 8, che pure riguarda una materia assai prossima a quella del diritto di sposarsi,¹² l'art. 12 non ammette alcuna giustificazione per le ingerenze statali; mentre nel verificare il rispetto dell'art. 8 si deve svolgere, come la Corte ha avuto più volte occasione di affermare, un test teso a verificare la "necessità" e la "pressante necessità sociale" di eventuali limiti posti dalla legge all'esercizio del diritto, invece l'art. 12 permette unicamente di valutare se, rispetto al margine di apprezzamento dello Stato, si è avuta un'ingerenza arbitraria o sproporzionata.

11. La Corte si è riferita a numerose pronunce della Commissione che stabilivano la natura non condizionata del diritto di sposarsi: decisione della Commissione del 13.12.1979, *Hammer v. the United Kingdom*, n. 7114/75; decisione della Commissione del 10.7.1980, *Draper v. the United Kingdom*, n. 8186/78; decisione della Commissione del 16.10.1996, *Sanders v. France*, n. 31401/96; decisione della Commissione del 13.9.2005, *B. and L. v. the United Kingdom*, n. 36536/02.

12. L'art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare, dispone che: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del Paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui».

La Corte e la Commissione hanno stabilito che uno Stato può porre condizioni ragionevoli al fine di accertare il carattere fittizio o genuino di un matrimonio,¹³ in particolare nella pronuncia resa nel caso *Sanders v. France* la Commissione ha rilevato che prevedere che un cittadino straniero per potersi sposare sul territorio di uno Stato produca un certificato di capacità matrimoniale non viola necessariamente l'art. 12 della Convenzione. Tuttavia, la Corte rileva che la legge britannica aveva caratteristiche tali da non condizionare il rilascio del certificato all'accertamento del carattere non fittizio del matrimonio, ma a condizioni oggettive quali la scadenza del titolo di soggiorno; nella sua prima e seconda versione, il provvedimento restringeva il diritto di sposarsi di ampie categorie di persone; la previsione di concessione discrezionale per "compassionate grounds" per la sua natura eccezionale non modificava tale carattere restrittivo. Inoltre, i diritti pecuniari richiesti erano di ammontare tale da costituire anch'essi una limitazione all'esercizio del diritto di sposarsi.

Pertanto, la Corte ha concluso che nel caso in esame il Regno Unito aveva violato l'art. 12 della Convenzione, in quanto le condizioni per il rilascio del prescritto "Certificate of Approval" avevano impedito ai ricorrenti di celebrare il matrimonio nella data da loro decisa.

L'art. 14 della Convenzione europea pone un divieto di discriminazione e stabilisce che il godimento dei diritti e delle libertà che essa riconosce «deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione». Il fatto che il provvedimento britannico escludesse dal produrre il certificato coloro che intendessero sposarsi con il rito anglicano violava l'art. 14 della Convenzione; invece, la Corte non ha ritenuto che ci fosse stata violazione basata sulla nazionalità, perché quello che la legge britannica prendeva in considerazione era la situazione del nubendo rispetto alle leggi sull'immigrazione, e non rispetto alla sua cittadinanza.

Per quanto attiene ad altre censure rilevate dai ricorrenti, la Corte non le ha ritenute sussistere; in particolare, nel ricorso era stato addotta la violazione del diritto al rispetto della vita familiare, proclamato dall'art. 8 della Convenzione, ma la Corte l'ha ritenuta assorbita nell'accertamento della violazione dell'art. 12. I ricorrenti avevano poi lamentato la violazione dell'art. 9, che riconosce il diritto alla libertà religiosa; per quanto la Corte abbia affermato che non risultava che ai ricorrenti fosse stato negato l'esercizio di tale diritto, tuttavia una lettura congiunta degli artt. 9 e 14 portava a ritenere che tale violazione fosse stata perpetrata.

La Corte in casi precedenti aveva ritenuto che il riconoscimento della violazione costituisse sufficiente soddisfazione. In questo caso invece, essa ha ritenuto che la particolare gravità della violazione - infrazione sia del diritto di sposarsi, sia del divieto di discriminazione - unita al fatto che il governo britannico aveva lasciato in

13. Cfr. le decisioni citate *supra*, alla nota 11.

vigore il provvedimento malgrado la pronuncia dei suoi tribunali interni nel caso *Baiati*, che ne avevano accertato la contrarietà agli artt. 12 e 14 della Convenzione europea, giustificasse un risarcimento del danno morale ai ricorrenti, quantificato in € 8.500, oltre che il rimborso dei diritti pecuniari corrisposti per il rilascio del certificato e delle spese legali.

2. La questione di legittimità costituzionale della modifica dell'art. 116 c.c. introdotta nel 2009 con il c.d. pacchetto sicurezza

2.1. La modifica all'art. 116 c.c. e la questione di legittimità costituzionale

Per poter contrarre matrimonio in Italia, i cittadini stranieri devono rispettare le condizioni poste dalla loro legge nazionale, richiamata dall'art. 28 l. 218/1995,¹⁴ nonché alcuni requisiti posti dalla legge italiana, così come espressamente previsto dall'art. 116 c.c.¹⁵ La norma prevede che lo straniero presenti un certificato rilasciato dalle autorità competenti del suo Paese da cui risulta che nulla osta al matri-

14. Ai sensi del quale: «La capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio. Resta salvo lo stato libero che uno dei nubendi abbia acquistato per effetto di un giudizio italiano o riconosciuto in Italia».

15. L'art. 116 c.c. dispone che: «Lo straniero che vuole contrarre matrimonio nello Stato deve presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del proprio Paese, dalla quale risulti che giusta le leggi a cui è sottoposto nulla osta al matrimonio. Anche lo straniero è tuttavia soggetto alle disposizioni contenute negli artt. 85, 86, 87, nn.1, 2 e 4, 88 e 89». Il nulla osta può essere sostituito da un certificato di capacità matrimoniale così come previsto dalla Convenzione di Monaco, o da altri certificati basati su accordi bilaterali, come avviene con i cittadini degli Stati Uniti d'America in base ad uno scambio di note fra l'Italia e quel Paese, o anche da altri documenti surrogatori. In caso di impossibilità di esibizione del certificato, l'ufficiale di stato civile che ritenga che la situazione presenta elementi di dubbio è tenuto a rifiutare le pubblicazioni; il rifiuto potrà essere impugnato con ricorso al tribunale, il quale potrà emettere un provvedimento che ammette lo straniero alla celebrazione del matrimonio anche senza il prescritto certificato. In alcuni casi il nulla osta potrebbe essere rifiutato dall'autorità competente per la sussistenza di impedimenti matrimoniali derivanti dalla legge nazionale del nubendo per motivi che attengono a cause quali la diversità di religione dei promessi sposi o obblighi attinenti al consenso che taluni soggetti, ad esempio il padre, debbano fornire secondo la legge nazionale della promessa sposa. Qualora accerti che l'impossibilità di fornire la prescritta documentazione sia dovuta a un motivo di questo tipo, evidentemente in contrasto con l'ordine pubblico, l'ufficiale di stato godrà di un certo margine di apprezzamento, per evitare che il diritto di sposarsi sia indebitamente compresso. In caso di dubbio, sarà tenuto anche in casi come questi ad opporre un rifiuto che potrà fare oggetto di ricorso al tribunale.

monio e impone inoltre il rispetto di alcuni requisiti che il legislatore italiano valuta come imprescindibili, tali da dover essere rispettati anche qualora non fossero previsti dalla legge nazionale del nubendo. Nella pratica, le autorità del Paese cui appartengono cittadini stranieri che intendono sposarsi in Italia, incluse le autorità consolari, rilasciano il richiesto nulla-osta anche ai propri cittadini in situazione irregolare, per cui sino all'entrata in vigore della modifica del 2009, gli stranieri, ancorché privi di titolo di soggiorno, hanno sempre potuto sposarsi sul territorio italiano.¹⁶ Ai requisiti posti dall'art. 116, come si è accennato, la legge 15.7.2009, n. 94, ne aveva aggiunto uno ulteriore, consistente nella necessità di esibire «un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano».¹⁷ La modifica impediva allo straniero in situazione irregolare di poter contrarre matrimonio in Italia.

Con ordinanza del 17.11.2009, il tribunale di Catania ha sollevato - in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 117, co. 1, Cost. - questione di legittimità costituzionale della modifica apportata all'art. 116 c.c.; il caso da cui aveva avuto origine la questione di legittimità costituzionale riguardava il rifiuto addotto dall'ufficiale di stato civile di procedere alla celebrazione del matrimonio di una cittadina italiana e di un cittadino marocchino, per mancanza del prescritto documento. Secondo il tribunale di Catania, investito della questione, non era da considerarsi manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della previsione, per contrasto con l'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità; con l'art. 3 Cost., per violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza; con l'art. 29 Cost., per violazione del diritto fondamentale a contrarre liberamente matrimonio; con l'art. 31 Cost., perché interpone un serio ostacolo alla realizzazione del diritto fondamentale a contrarre matrimonio; infine, con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione alla violazione dell'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il tribunale aggiungeva che la libertà di contrarre matrimonio era proclamata anche dall'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dall'art. 9 della

16. La dott.ssa Grazia Benini, responsabile degli uffici di Stato civile del Comune di Rimini ed esperto ANUSCA (Associazione nazionale degli ufficiali di stato civile e dell'anagrafe), in una conversazione avvenuta il 20.10.2011, ha confermato la prassi delle autorità straniere e consolari, per le quali l'assenza di titolo di soggiorno in Italia non impedisce il rilascio del nulla-osta previsto dall'art. 116, o di documento equivalente. Cfr. anche P. Morozzo della Rocca, *Sul matrimonio dello straniero privo di autorizzazione al soggiorno*, in *Famiglia e diritto*, 2008, II, pag. 205.

17. Cfr. B. Nascimbene, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pagg. 322 ss.; l'Autore esprime forti dubbi sulla costituzionalità della disposizione, per il carattere inviolabile del diritto al matrimonio, dubbi rafforzati dalla stessa decisione resa dalla CEDU nel caso *O'Donoghue*. Cfr. anche P. Morozzo della Rocca, *I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ.*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, pag. 945.

Carta dei diritti fondamentali; osservava in particolare che l'art. 12 della Convenzione europea «ricomprende la libertà matrimoniale tra quei diritti e libertà che devono essere assicurati senza distinzione di sorta», e che le leggi nazionali che lo regolano non possono porre «condizioni o restrizioni irragionevoli».

La Presidenza del Consiglio dei Ministri, rappresentata e difesa dall'avvocatura generale dello Stato, aveva sostenuto l'infondatezza della questione; la norma doveva infatti essere coordinata con il nuovo testo dell'art. 6, co. 2, del d.lgs. 25.7.1998, n. 286 (testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), il quale prevede ora, in generale, l'obbligo di esibizione della documentazione di soggiorno per gli atti di stato civile; aveva inoltre ricordato che la previsione aveva per oggetto di «garantire il presidio e la tutela delle frontiere ed il controllo dei flussi migratori», ed era quindi giustificata da motivi di ordine pubblico e sicurezza, sufficienti a giustificare la limitazione del diritto a contrarre matrimonio. L'avvocatura aveva escluso un contrasto della disposizione con gli artt. 8 e 12 della CEDU, che, a suo avviso, attribuirebbero al legislatore nazionale il potere di limitare il diritto al matrimonio, in vista della tutela di valori di rango superiore, fra cui appunto la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico. Non sussisterebbe poi contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 31 Cost., poiché la norma si limiterebbe a «regolamentare la posizione giuridica del cittadino straniero che intende contrarre matrimonio in Italia, in conformità alle norme dell'ordinamento in tema di ingresso e soggiorno degli stranieri» sul territorio nazionale, e non ne impedirebbe in assoluto il matrimonio.

2.2. La decisione della Corte costituzionale

La Corte (con la sentenza n. 245/11 pubblicata in questo numero della *Rivista* a pagg. 126 e ss.) ha ritenuto fondata la questione ed ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale della nuova disposizione. Ha innanzitutto rilevato la necessità di tenere presenti le modifiche introdotte dal legislatore in merito ai requisiti necessari per l'acquisto della cittadinanza a seguito di matrimonio dello straniero con il cittadino italiano, disciplinati dalla legge 5.2.1992, n. 91 che pone nuove norme sulla cittadinanza proprio al fine di evitare il diffondersi del fenomeno dei matrimoni di comodo.¹⁸ Ha poi ricordato di aver affermato in proprie prece-

18. La l. n. 94/2009, al fine di ridurre il fenomeno dei cosiddetti “matrimoni di comodo”, come risulta dai lavori preparatori, ha sostituito l'art. 5 della l. n. 91/1992, prevedendo che «il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano può acquistare la cittadinanza italiana quando, dopo il matrimonio, risiede legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica, oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio se residente all'estero, qualora» al momento dell'adozione del decreto di acquisto della cittadinanza «non sia intervenuto lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e non sussista la separazione personale dei coniugi»; il comma successivo riduce della metà i tempi «in

denti decisioni che il legislatore italiano può adottare norme che regolino l'ingresso e la permanenza di stranieri extracomunitari in Italia, purché non siano palesemente irragionevoli e non contrastino con obblighi internazionali. Tuttavia, tali norme devono essere «il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale, implicati dalle scelte legislative in materia di disciplina della immigrazione», in modo particolare quando esse incidano sul godimento di diritti fondamentali, tra cui figura senza dubbio il diritto di contrarre matrimonio, sancito dagli artt. 2 e 29 Cost., nonché da atti internazionali quali la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 all'art. 16 e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'art. 12, come già la stessa Corte aveva avuto occasione di affermare. Un diverso trattamento fra cittadino e straniero nel godimento di certi diritti (sentenza n. 104 del 1969) può essere ammissibile, in particolare l'assoggettamento dello straniero «a discipline legislative e amministrative» *ad hoc*, l'individuazione delle quali resta «collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici» (sentenza n. 62 del 1994), quali quelli concernenti «la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione» (citata sentenza n. 62 del 1994). Tuttavia, i diritti inviolabili, di cui all'art. 2 Cost., spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani», per cui la «condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata - per quanto riguarda la tutela di tali diritti - come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi».

È vero che la disposizione in questione è finalizzata ad arginare il fenomeno dei matrimoni fittizi; tuttavia la Corte aveva già affermato che «[p]er quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della 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».¹⁹ La Corte ha ritenuto che non appare proporzionato all'obiettivo di controllo dei flussi migratori «il sacrificio imposto [...] alla libertà di contrarre matrimonio non solo degli stranieri ma, in definitiva, anche dei cittadini italiani che intendano coniugarsi con i primi».

La Corte ha anche valutato il contrasto della previsione con l'art. 117, co. 1, Cost.

Richiamando la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *O'Donoghue*, ha ricordato come la Corte abbia affermato che il margine di apprezzamento riservato agli Stati non può estendersi fino al punto di introdurre una limitazione generale, automatica e indiscriminata, ad un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione, per cui la previsione di un divieto generale, senza che sia previ-

presenza di figli nati o adottati dai coniugi», poiché questo elemento fa evidentemente ritenere che il matrimonio non sia fittizio.

19. Così nella pronuncia n. 105/2001.

sta alcuna indagine riguardo alla genuinità del matrimonio, viola il diritto di sposarsi proclamato dall'art. 12 della Convenzione. La Corte costituzionale ha affermato che anche il requisito dell'esibizione di un titolo di soggiorno come condizione per la celebrazione del matrimonio non mira ad accertare il carattere eventualmente fittizio del matrimonio, ma «si concreta in una generale preclusione a contrarre matrimonio a carico di stranieri extracomunitari non regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato» e pertanto in una violazione dell'art. 12 così come precisato dalla Corte europea.

2.3. L'art. 6, co. 2, del d.lgs. 25.7.1998, n. 286 e il diritto di sposarsi

Intervenendo all'udienza innanzi alla Corte costituzionale, l'avvocatura dello Stato aveva posto in evidenza che oltre alla specifica previsione introdotta nell'art. 116, con l'adozione del c.d. "pacchetto sicurezza" era stato modificato anche l'art. 6, co. 2, del d.lgs. n. 286/1998, il cui testo prevede che: «Fatta eccezione per i provvedimenti riguardanti attività sportive e ricreative a carattere temporaneo, per quelli inerenti all'accesso alle prestazioni sanitarie di cui all'art. 35 e per quelli attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie, i documenti inerenti al soggiorno di cui all'art. 5, co. 8, devono essere esibiti agli uffici della PA ai fini del rilascio di licenze, autorizzazioni, iscrizioni ed altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati».

La norma si presta a dubbi interpretativi, poiché il riferimento a «licenze, autorizzazioni e altri provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati» è ampio e potrebbero ricomprendersi anche, per l'appunto, gli atti di stato civile.²⁰

Alla luce della pronuncia della Corte costituzionale, la disposizione deve essere sicuramente interpretata nel senso che gli adempimenti relativi alla celebrazione del matrimonio devono essere consentiti anche allo straniero che non è in grado di esibire un valido titolo di soggiorno. Più in generale, poiché la sentenza fa riferimento ai diritti inviolabili garantiti dagli artt. 2 e 31 Cost., si può ritenere che tutti gli atti di famiglia non rientrino nella previsione della disposizione, che deve essere quindi interpretata e concretamente applicata in maniera da consentire anche agli stranieri in condizione irregolare l'esercizio dei diritti fondamentali che spettano ad ogni essere umano.

Considerazioni conclusive: diritto di sposarsi e di fondare una famiglia e disciplina dell'immigrazione

Le due decisioni che si sono esaminate consentono innanzitutto di precisare la portata del diritto di sposarsi proclamata dall'art. 12 della Convenzione, la cui natu-

20. Cfr. a questo proposito le considerazioni di B. Nascimbene, *La capacità dello straniero: diritti fondamentali e condizione di reciprocità*, cit., pag. 323.

ra fondamentale, secondo la Corte di Strasburgo, è rafforzata dal tenore letterale dell'art. 12. Mentre l'art. 8, che riconosce il diritto al rispetto della vita familiare, indica che uno Stato può esercitare un'ingerenza nell'esercizio di tale diritto purché tale ingerenza sia prevista dalla legge e sia, in una società democratica, necessaria alla realizzazione di altri obiettivi, quali la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, l'art. 12 non contempla alcuna possibilità in tal senso, per cui il margine di apprezzamento di cui uno Stato può godere nel regolare l'esercizio del diritto di sposarsi e di fondare una famiglia deve ritenersi ristretto e sicuramente non può consistere nell'impedire l'esercizio ad intere categorie di persone.

Per lottare contro il fenomeno dei matrimoni fittizi, gli Stati devono dunque assumere provvedimenti proporzionati ed effettivamente idonei ad accertare il carattere genuino o meno del legame fra gli aspiranti coniugi, senza che i provvedimenti stessi possano avere per effetto di restringere l'esercizio del diritto.

Ad identica conclusione perviene la Corte costituzionale italiana, sia con riferimento all'art. 12 della Convenzione, sia in applicazione degli artt. 2 e 31 Cost.

Le due decisioni sono piuttosto nette nell'affermare che i diritti fondamentali spettano a tutti gli esseri umani e che la condizione di irregolarità rispetto alle norme sull'immigrazione non costituisce motivo proporzionato per limitarne l'esercizio. In altre decisioni, la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva espresso valutazioni meno nette, evidentemente cogliendo l'aspetto politico dell'incidenza degli *status* familiari sulla disciplina dei flussi migratori. Può essere interessante ricordare che simili preoccupazioni sono state espresse nel Regno Unito con riferimento alle adozioni; i figli adottivi di persone legalmente residenti in territorio britannico dovrebbero potersi ricongiungere ai genitori adottivi, ma le autorità hanno spesso contestato la genuinità di tali adozioni, specialmente con riferimento a numerosi casi in cui esse erano state poste in essere secondo le norme Indù, per negare il permesso di ingresso nel territorio.²¹ Un caso di questo tipo, portato innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, è stato dichiarato ammissibile ma poi ha fatto oggetto di transazione fra il governo del Regno Unito e i ricorrenti; anche in questo caso, era in questione la violazione dell'art. 12, che riconosce il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, famiglia che ben può includere figli adottivi.

La decisione della Corte di avallare la transazione fra le parti e di non decidere nel merito è per la verità criticabile, perché in questo modo il governo britannico ha evitato una probabile condanna e la questione è rimasta priva di risposta,²² è anche

21. P. Shah, *Transnational Hindu law adoptions: Recognition and treatment in Britain*, Queen Mary University of London, School of Law, *Legal Studies Research Paper No. 14/2009*, all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1367184>.

22. La decisione sull'ammissibilità è del 3.9.2002, *Singh and Others v. the United Kingdom*, ricorso n. 60148/00; cfr. il commento di H. Keller, M. Forowicz, L. Engi, *Friendly Settlements before the European Court of Human Rights*, Oxford, 2010, pag. 51, secondo

possibile che la Corte abbia valutato positivamente il fatto di non doversi pronunciare su una questione difficile, delicata, dai difficili risvolti giuridici e politici.

Alla luce di questi precedenti, le due decisioni annotate acquistano maggior rilievo; si deduce con sicurezza dalle affermazioni delle due Corti che i flussi migratori devono essere regolati mediante norme specificamente dettate per questo scopo, e non mediante la compressione dei diritti fondamentali delle persone, in particolare del diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

cui in questo caso la Corte ha avallato una soluzione transattiva ancorché fosse chiaro che la legge interna non fosse conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.