

IL MATRIMONIO «CLANDESTINO» E LA CORTE COSTITUZIONALE

di Stefano Rossi *

SOMMARIO: 1. Il «Pacchetto sicurezza» e l'art. 116 c.c. – 2. I profili di illegittimità del nuovo art. 116 c.c. – 3. L'interpretazione conforme: il Tribunale di Ragusa – 4. La via costituzionale: il Tribunale di Catania – 5. Conclusioni minime

1. IL «PACCHETTO SICUREZZA» E L'ART. 116 C.C.

Il «Pacchetto Sicurezza», approvato con l. 15 luglio 2009, n. 94, che si caratterizza per la non poca ruvidezza e scarso senso sistematico delle sue previsioni, entrambi frutti della mediocrità dei tempi¹, ha imposto, modificando l'art. 116 c.c., allo straniero che voglia contrarre matrimonio in Italia, di presentare all'ufficiale di stato civile «un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano».

Tale previsione deve essere inquadrata relazionandola con le altre modifiche introdotte dalla l. n. 94/2009, in particolare: a) quella di cui all'art. 6 d.lgs. n. 286/1998, che ha eliminato l'espressa esclusione dell'obbligo di esibizione del permesso di soggiorno ai fini della richiesta del rilascio di atti di stato civile o per l'accesso a pubblici servizi. Tale esclusione permane invece per gli atti «inerenti all'accesso alle prestazioni sanitarie di cui all'art. 35 e per quelli attinenti alle prestazioni scolastiche obbligatorie».

Il testo dell'art. 6, 2° co, t.u. immigrazione risulta ora così formulato:

«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, 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».

Appare evidente come tale novella ribadisca quanto prescritto nell'ambito della nuova formulazione dell'art. 116, 1° co., c.c., operando un'inutile superfetazione normativa che, tuttavia, per il contesto che la caratterizza, consente di porne in rilievo i tratti ostativi alla condizione giuridica e di vita dei cittadini stranieri.

b) è stato inoltre modificato l'art. 5 l. 5 febbraio 1992, n. 91, in tema di cittadinanza, introducendo nuove e più severe regole per l'acquisto della stessa da parte del coniuge. L'acquisto della cittadinanza potrà avvenire, dopo due anni di residenza nel territorio dello Stato o dopo tre anni nel caso in cui il coniuge si trovi all'estero. I tempi sono dimezzati in presenza di prole. In ogni caso è necessario che, al tempo dell'adozione del decreto del Ministero dell'interno di concessione della cittadinanza, non sia intervenuto lo scioglimento, annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio ed inoltre non sia in atto separazione personale dei coniugi².

Le restrizioni che tali disposizioni, viste in combinato disposto, introducono rispetto alla condizione dello straniero, sono state ufficialmente giustificate con la volontà del

¹ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ.*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, X, 945

² In base alla novella la durata minima della residenza necessaria all'acquisto della cittadinanza da parte del coniuge straniero residente in Italia viene raddoppiata in caso di matrimonio con prole (da sei mesi ad un anno) e quadruplicata in caso di matrimonio senza prole (da sei mesi a due anni); mentre la durata minima del matrimonio necessaria all'acquisto della cittadinanza da parte del coniuge straniero residente all'estero rimane immutata in caso di matrimonio senza prole (tre anni) e subisce un dimezzamento in caso di matrimonio con prole (da tre anni a 18 mesi)

legislatore di porre un freno al fenomeno dei “matrimoni di comodo”, ma in realtà esse sono espressione di un substrato culturale che vagheggia di poter proteggere la nostra società dal multiculturalismo e dal meticcio attraverso grida manzoniane.

Come è stato autorevolmente ricordato ³ «già da anni, per effetto delle norme del testo unico sull'immigrazione, la Polizia di Stato verifica il regime di effettiva convivenza dei coniugi prima di rilasciare il permesso o la carta di soggiorno allo straniero, già irregolare, che ne abbia fatto richiesta per successivo matrimonio; ed ove l'effettività della convivenza non venga constatata ne consegue il rifiuto o la revoca dell'autorizzazione al soggiorno, nonché la forte probabilità di azioni penali, anche a carico dell'altro coniuge “compiacente”. I matrimoni di comodo erano dunque già efficacemente contrastati dalle norme in materia di immigrazione, anche per effetto ed in attuazione di direttive comunitarie; e certamente in quella stessa prospettiva si sarebbe potuto ancora operare e forse migliorare qualche aspetto disciplinare, tanto normativo che di prassi, evitando di giungere alla meschina innovazione in commento, col poco convincente ragionamento che, poiché alcuni stranieri si sposano ‘per finta’, nessuno di loro deve più sposarsi se non ha il permesso di soggiorno».

Introdotta al dichiarato intento di impedire i matrimoni di convenienza (fra cittadino italiano/a e straniera/o), la modifica dell'art. 116 c.c. finisce per rendere più difficile la celebrazione del matrimonio in Italia da parte di tutti gli stranieri, i quali dovranno presentare una documentazione in passato non richiesta, anche nell'ipotesi in cui intendano sposarsi con un altro cittadino straniero.

I profili restrittivi della disciplina sono stati ulteriormente aggravati – con profili di illegittimità ⁴ – dalla successiva circolare ministeriale del Ministro dell'Interno n. 19 del 7 agosto 2009 che reca, tra l'altro, istruzioni agli ufficiali di stato civile dei Comuni in merito all'applicazione delle nuove disposizioni in materia di matrimonio del cittadino straniero.

³ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ., cit.*, 946 che sottolinea come «la nuova formulazione dell'art. 116 c.c. renderà davvero impossibile la celebrazione del matrimonio, in Italia, a tutti gli stranieri privi di autorizzazione al soggiorno. A soffrirne saranno molte coppie vere e qualche coppia finta, a tutto vantaggio delle compagnie aeree e dei ristoratori dei paesi di origine, dato che nessuna norma di diritto interno potrà, alla fine, impedire agli sposi di celebrare ugualmente il loro matrimonio all'estero, magari presso un consolato italiano».

⁴ «E' principio generale quello per cui le circolari amministrative non hanno di per sé valore normativo o provvedimentale» (così Cons. di Stato, sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2768 e 26 marzo 1999, n. 421), conseguentemente «il contenuto interpretativo di una circolare non assume valore vincolante se non in quanto e nei limiti in cui la portata dispositiva della normativa esaminata sia correttamente ricostruita, essendo da escludere che possano essere introdotti, in via interpretativa, precetti innovativi, e quindi modificativi, delle norme di rango superiore». (così Tar Campania – Napoli, sez. I, 15 settembre 2005, n. 14592). Infine la Cassazione, sezione unite, n. 23031 del 2 novembre 2007 con la quale, in modo si ritiene definitivo, è stato espresso il corretto valore di una circolare emanata dalla pubblica amministrazione: e cioè la natura di atto meramente interno della pubblica amministrazione che esprime esclusivamente un parere dell'amministrazione e non vincola la stessa autorità che l'ha emanata. La sentenza ribadisce, richiamando le precedenti pronunce sull'argomento, che ogni circolare per la sua natura e per il suo contenuto (di mera interpretazione di una norma di legge), non potendo esserle riconosciuta alcuna efficacia normativa esterna, non può essere annoverata fra gli atti generali di imposizione in quanto esse non possono né contenere disposizioni derogative di norme di legge, né essere considerate alla stregua di norme regolamentari vere e proprie. La sentenza chiarisce inoltre come: «la circolare nemmeno vincola, gli uffici gerarchicamente sottordinati, ai quali non è vietato di disattenderla, senza che per questo il provvedimento concreto adottato dall'ufficio possa essere ritenuto illegittimo “per violazione della circolare”: infatti, se la (interpretazione contenuta nella) circolare è errata, l'atto emanato sarà legittimo perché conforme alla legge». Cfr. F. MASUCCI, *Divieto di matrimonio per stranieri irregolari: osservazioni e critiche all'interpretazione data dalla circolare ministeriale del Ministero dell'interno n. 19 del 07-08-2009 che ne estende la portata*, in www.diritto.it

La circolare, in primo luogo, chiarisce che alla condizione di regolarità del soggiorno, ai fini della possibilità di contrarre matrimonio in Italia, sono assoggettati soltanto i cittadini stranieri extracomunitari, ma non quelli comunitari. Si trattava di un dubbio che era insorto a causa del grossolano utilizzo del termine “straniero” nel novellato art. 116 c.c. anche al di fuori di quell’ambito normativo entro il quale il diverso significato gergale dell’espressione ha invece la dovuta certificazione della sua qualità di definizione normativa speciale.

In via ulteriore la stessa circolare, oltrepassando il contesto letterale della disposizione, ne amplia temporalmente la portata condizionante, stabilendo che la condizione di soggiorno regolare dello straniero deve sussistere all’atto della pubblicazione e al momento della celebrazione del matrimonio. Questa ulteriore statuizione presupporrebbe (arrivando ad una sorta di diritto dell’assurdo) la necessità per il celebrante il matrimonio, sia esso un sacerdote o un consigliere comunale, di richiedere, prima della pronuncia della formula sacramentale, l’esibizione al nubendo/a straniero della documentazione attestante la sua posizione di regolarità.

Le due previsioni (quella indicata nella circolare e quella risultante dal nuovo art. 116 c.c.), anche nel loro valore semantico, sono totalmente diverse e certamente della prima non è consentita un’estensione analogica tale da porre sotto lo scacco della condizione di regolarità l’intera procedura che dalla richiesta delle pubblicazioni porta alla celebrazione del matrimonio.

In questo senso, si deve ritenere che, effettuate le pubblicazioni, a norma dell’art. 112 c.c. l’ufficiale di stato civile non possa rifiutarsi di celebrare il matrimonio se non per una causa ammessa dalla legge, e tra queste certamente non figura la scadenza del permesso di soggiorno verificatasi nelle more tra la pubblicazione e il matrimonio.

Ma queste ultime sono solo pagliuzze, rispetto alla trave rappresentata dalla palese violazione delle disposizioni costituzionali e di origine comunitaria, che con tale disciplina si è introdotta.

2. I PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ DEL NUOVO ART. 116 C.C.

La normativa che subordina la capacità matrimoniale in Italia del cittadino extracomunitario al requisito della regolarità del suo soggiorno, ha suscitato perplessità in ragione della sua dubbia compatibilità con gli obblighi costituzionali inerenti al rispetto della libertà matrimoniale, quale diritto umano fondamentale, e con la stessa disciplina comunitaria⁵.

È dunque ragionevole ipotizzare che possano sollevarsi profili di illegittimità incidenti su diversi ambiti ordinamentali, in quanto alla materia che ci occupa viene offerta una tutela multilivello differenziata.

In questo senso, l’ordinamento posto dalla Cedu, quello comunitario e quello nazionale non solo operano su livelli diversi, sia pure con diverso grado di integrazione o, talora, di interferenza, ma, soprattutto nella tutela dei diritti dell’uomo, operano in base a differenti *rationes*, con differenti strumenti di tutela, dotati a loro volta di un diverso grado di effettività⁶.

Il primo degli ambiti di tutela di tale diritto è quello posto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo, in particolare l’elaborazione sviluppata attorno agli artt. 8, 12 e 14, da cui tuttavia non si possono desumere indicazioni pregnanti sull’illegittimità

⁵ W. CITTI (a cura di), *Il nuovo art. 116 del c.c. dopo l’entrata in vigore della legge n. 94/2009 e la condizione di regolarità del soggiorno del cittadino extracomunitario ai fini della capacità matrimoniale in Italia. Dubbi di compatibilità della normativa con il diritto comunitario, costituzionale e gli obblighi internazionali di cui all’art. 12 della CEDU*, in www.asgi.it

⁶ F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Milano, 2005, I, 79 ss.

della preclusione alla celebrazione del matrimonio fondata su qualità estranee al cosiddetto statuto matrimoniale ⁷.

Si deve ricordare peraltro che, ai sensi dell'art. 12, 2° co., Cedu, il diritto di sposarsi va sì esercitato nei limiti stabiliti dalle leggi nazionali che disciplinano il matrimonio, la sua forma, le sue condizioni, ma da esse non devono derivare delle restrizioni non ragionevoli ⁸.

Il secondo livello è rappresentato dall'ordinamento comunitario. In particolare la Corte di Giustizia delle Comunità Europee con sentenza del 25 luglio 2008 (caso Metock) emanata in esito al procedimento C- 127/08 ⁹, fornendo la corretta interpretazione dell'art. 3, 1° co., direttiva 2004/38, sulla premessa dell'esigenza di facilitare l'esercizio del diritto fondamentale di soggiorno dei cittadini dell'Unione, in uno Stato membro diverso da quello

⁷ Come nota L. LENTI, *Il matrimonio dello straniero e la regolarità del soggiorno*, Relazione svolta al convegno 'Pacchetto sicurezza e T.U. immigrazione: i riflessi sull'attività di pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio', Università di Genova, 29 gennaio 2009, i casi sottoposti al vaglio della Cedu sono scarsi ed estremamente frammentari, per cui non consentono di enucleare principi in grado di risolvere la questione. Le pronunce rilevanti hanno riguardato, in particolare: a) *sull'appartenenza etnica*: in *Selim c. Cipro* (16.7.2002 [Dec.], n. 47293/99) il ricorrente lamentava di non essere stato ammesso a contrarre matrimonio in quanto appartenente alla comunità turca; la questione è stata oggetto di composizione amichevole, poiché Cipro, come risposta al ricorso, ha modificato la legge matrimoniale, rimuovendo il limite denunciato; b) *sulla condizione di detenuto*: in *Hamer c. UK* (13.10.1997 [Dec.], n. 7114/75) e in *Draper c. UK* (10.5.1979 [Dec.], n. 8186/78) i ricorrenti, entrambi detenuti, lamentavano di non poter contrarre matrimonio in quanto non era concesso contrarlo in carcere, né era possibile ottenere un permesso per contrarlo fuori dalle sue mura; le richieste sono state giudicate *ricevibili* e il governo inglese, come risposta a ciò, ha ammesso la celebrazione in carcere, sicché il caso non è giunto a sentenza; c) *sulla discriminazione fra cittadino e straniero*: in *Klip e Kruger c. Olanda* (3.12.1997 [Dec.], n. 33257/96) i ricorrenti lamentavano che impone ai promessi sposi, qualora uno dei due fosse straniero, la compilazione di un questionario per l'ufficio di polizia, onde ottenere una dichiarazione abilitante al matrimonio, discriminava lo straniero rispetto al cittadino; il ricorso è stato giudicato *irricevibile*, asserendo che la discriminazione aveva una «*giustificazione oggettiva ragionevole*»: ogni paese può infatti stabilire filtri volti a evitare matrimoni di comodo; la Corte non è però entrata nel merito delle caratteristiche di tali filtri; d) *sulla mancanza di permesso d'ingresso o di soggiorno*: in *X c. Germania* (12.7.1976 [Dec.], n. 7175/75) il ricorrente, cittadino indiano, lamentava l'impossibilità di contrarre matrimonio con una donna tedesca, poiché gli era stato negato il permesso di soggiorno; il ricorso è stato giudicato *irricevibile* in quanto non risultava l'esistenza in concreto di una fidanzata tedesca; in *Savoia e Bounegru c. Italia* (11.7.2006 [Dec.], n. 8407/05) i ricorrenti, un cittadino italiano e una cittadina moldava, lamentavano l'impossibilità di contrarre matrimonio in Italia poiché alla donna era stato negato il permesso d'ingresso; il ricorso è stato giudicato *irricevibile* in quanto 43 giorni dopo il diniego le parti avevano celebrato il matrimonio in Moldavia e la moglie aveva ottenuto grazie a ciò il permesso d'ingresso in Italia come familiare. Quest'ultima decisione contiene un'affermazione di rilievo: «*la Corte ricorda che il diritto di contrarre matrimonio non include in linea di principio il diritto di scegliere il luogo geografico del matrimonio. Il rifiuto di permettere l'ingresso in uno stato straniero della fidanzata non contrasta con il diritto individuale di sposarsi secondo l'art. 12 della convenzione, se la coppia può sposarsi nel paese di residenza della fidanzata*», senza che vi si frappongano ostacoli degni di nota. Non vi è alcuna indicazione su quale sia la natura di tali ostacoli, se siano solo quelli giuridici o anche quelli di fatto, né tanto meno sulla gravità che questi ultimi dovrebbero presentare. Di conseguenza, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sembra suggerire la tesi della potenziale incompatibilità della nuova normativa italiana con il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 Cedu almeno in quelle situazioni e circostanze ove uno dei nubendi sia un cittadino italiano ed il matrimonio non possa essere celebrato altrove. Tali situazioni potrebbero sorgere ove la celebrazione del matrimonio nel paese di origine dello straniero irregolarmente presente in Italia non possa avvenire per impedimenti matrimoniali previsti nell'ordinamento di quel paese contrari ai diritti umani fondamentali, fondati ad esempio su motivi religiosi (ad es. il divieto dello Stato di origine della donna che si vuole sposare con un soggetto italiano di diversa confessione religiosa, divieto previsto in diversi ordinamenti di paesi islamici) ovvero nei casi in cui lo straniero non possa comunque e obiettivamente fare ritorno nel paese di origine per motivi di ordine politico o comunque contrari al diritto umano fondamentale di uscire dal territorio del proprio Paese e di farvi rientro (si pensi alla prassi in vigore a Cuba di decadenza dal diritto all'incolato nei confronti di coloro che non rientrano nel paese entro un determinato periodo di tempo dopo un soggiorno all'estero).

⁸ Corte e.d.u., 18 dicembre 1987, F. c. Svizzera. Il richiedente aveva già divorziato due volte e l'ultima domanda era stata presentata due settimane dopo il terzo matrimonio. Il giudice gli aveva vietato (a norma dell'art. 150 c.c.) di risposarsi prima che fossero passati tre anni.

di cui essi hanno la cittadinanza, ha affermato la necessità di non interpretare le disposizioni della direttiva in senso restrittivo e di non privarle, perciò, della loro efficacia pratica, ribadendo così che i termini «familiari del cittadino medesimo (ovvero comunitario)» vanno riferiti «nel contempo ai familiari di un cittadino dell'Unione che abbiano fatto ingresso con quest'ultimo nello Stato membro ospitante e a quelli che soggiornano con lui in questo Stato Sembro, senza che occorra distinguere, in questo secondo caso, secondo che cittadini di paesi terzi abbiano, fatto ingresso nel citato Stato membro prima o dopo del cittadino dell'Unione o prima o dopo essere divenuti suoi familiari. L'applicazione della direttiva 2004/38 ai soli familiari di un cittadino dell'Unione i quali 'accompagnino' o 'raggiungano' quest'ultimo equivale, infatti, a limitare i diritti di ingresso e di soggiorno dei familiari di un cittadino dell'Unione allo Stato membro dove quest'ultimo risiede».

Secondo la Corte di Giustizia la limitazione del diritto alla circolazione ed al soggiorno del familiare extracomunitario del cittadino comunitario può essere giustificata solo per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica a mente dell'art. 27 della richiamata direttiva, nel rispetto del principio di proporzionalità e con la precisazione che «la sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti» (art. 27, 2° c).

E' chiaro che tali principi possano trovare applicazione anche al caso in oggetto, in quanto il diritto di ingresso e di soggiorno e la qualifica di familiare possono essere acquisite anche a fronte dell'esistenza di un matrimonio che può essere stato celebrato precedentemente o anche successivamente all'ingresso nel territorio dello Stato in cui lo straniero extra-comunitario si trova a soggiornare illegalmente. Ciò in quanto il diritto alla libera circolazione dei familiari di cittadini comunitari deve trovare applicazione a prescindere dal luogo e dalla data del matrimonio del cittadino di un paese terzo con il cittadino comunitario e anche a prescindere dalle modalità anche irregolari secondo cui ha fatto ingresso nello stato membro ospitante ¹⁰.

Secondo la Corte di Giustizia europea, appare censurabile ogni normativa nazionale che subordini l'accesso alla carta di soggiorno per il familiare di cittadino comunitario alla regolarità del suo ingresso o del suo soggiorno al momento della celebrazione del matrimonio nello stato membro ospitante, in quanto l'eventuale irregolarità del soggiorno, o dell'ingresso nello Stato membro, potrà essere sanzionata con misure proporzionate, quali ad esempio le misure pecuniarie, che però non possono incidere sull'esercizio del diritto della libertà di soggiorno, salvo i casi in cui vi sia una pericolosità per la sicurezza

⁹ La sentenza del 25 luglio 2008 (caso *Metock*) nasceva da quattro distinti ricorsi promossi da altrettante coppie miste contro il governo dell'Irlanda, che aveva negato il diritto di soggiorno ai coniugi extra-comunitari di cittadini europei, che avevano contratto matrimonio in Irlanda quando già soggiornavano in condizione di irregolarità e che in due casi erano già stati raggiunti da provvedimenti di espulsione. Si trattava di migranti entrati irregolarmente che, successivamente al loro ingresso nella Repubblica Irlandese, avevano contratto matrimonio con cittadini irlandesi e quindi intendevano beneficiare, in base allo status giuridico più favorevole della normativa che regola la circolazione dei comunitari e dei loro familiari in base alla Direttiva 38/2004 dell'Unione Europea, del diritto di ottenere la carta di soggiorno per familiari extra comunitari di cittadini comunitari.

¹⁰ Già nella sentenza *Akrich* (Corte di giustizia 23 settembre 2003, n. C-109/01, *Akrich c. Secretary of State for the Home Department (G.B.)*, in *Giust. civ.*, 2004, 7-8, 1655 ss.) non si era affatto esclusa la regolarizzazione dello straniero già illegalmente soggiornante che contraiga matrimonio con un cittadino, nemmeno se destinatario di uno o più provvedimenti di espulsione precedenti al matrimonio, e nemmeno in presenza di precedenti penali. Successivamente ad *Akrich*, la Corte è più volte tornata sul tema dei familiari extracomunitari di cittadini europei entrati clandestinamente o presenti irregolarmente nello spazio dell'Unione europea, osservando come i singoli Paesi membri non siano affatto obbligati dalla normativa comunitaria ad imporre nella loro legislazione il requisito del 'regolare ingresso' del familiare extracomunitario, mentre nella valutazione del singolo caso sono certamente tenuti al rispetto delle libertà fondamentali del Trattato, tra cui figurano i diritti protetti dall'art. 8 C.e.d.u.

dello Stato o per l'ordine pubblico accertata, che renda legittima una procedura di allontanamento¹¹.

Il terzo ambito ordinamentale è, ovviamente, quello nazionale, dovendo il legislatore rispettare i limiti posti dalla Costituzione alla sua attività di produzione normativa: sotto questo profilo, eccezioni eccezioni di legittimità costituzionale inerenti il novellato art. 116 c.c. potranno trovare quali norme parametro gli artt. 2 (data l'ascrivibilità della libertà matrimoniale alla categoria dei diritti inviolabili); 29 (che specifica e rafforza la configurazione del aspirazione a sposarsi quale diritto inviolabile) 10 e 117 (in ragione dei vincoli derivanti dal diritto internazionale e comunitario).

Sebbene in Costituzione manchi un riferimento espresso alla libertà di contrarre matrimonio, tuttavia, non sembra possano esservi dubbi sul fatto che un tale riconoscimento sia desumibile dall'art. 29, 1 co. Cost.¹², con cui si vincola lo Stato a rispettare non soltanto la privatezza dei rapporti che si svolgono all'interno della famiglia, ma anche l'autonomia nelle decisioni e nelle scelte familiari, a partire da quella prima e fondamentale che vale a costituire, col matrimonio, tale formazione sociale.

E' necessario sottolineare che la libertà matrimoniale si iscrive tra i diritti inviolabili dell'uomo, garantiti dall'art. 2 Cost.¹³, in quanto diretta a consentire lo svolgimento della persona umana nella sua piena espressione in un momento fondamentale della sua esperienza esistenziale. Nella cultura contemporanea, infatti, la famiglia è una realtà che nasce dalla libera scelta delle persone, che si basa su vincoli di affetto e solidarietà, il cui perdurare legittima lo stesso vincolo giuridico.

Rappresentando un diritto inviolabile, la libertà matrimoniale deve essere garantita a tutti, in posizione di eguaglianza, come aspetto essenziale della dignità umana¹⁴. L'unione familiare diventa uno dei cardini del disegno costituzionale incardinato sulla centralità e sulla ricerca del pieno sviluppo della persona umana, vista nella sua dimensione non

¹¹ È dunque possibile scorgere nel divieto netto ed incondizionato di celebrare il matrimonio dello straniero privo del permesso di soggiorno una misura elusiva del diritto comunitario, così come questo si è consolidato presso il suo organo giurisdizionale. Ciò non di meno, il congiunto operare del nuovo art. 116 c.c. e della disciplina comunitaria farà sì che i matrimoni autentici, celebrati in un altro Paese membro oppure durante un momentaneo ritorno nel Paese di origine in viaggio prenuziale daranno comunque luogo al diritto al soggiorno (e all'ingresso) con probabili resistenze dell'amministrazione ma anche con buona base giuridica da far valere in giudizio.

¹² A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 21, che fa rientrare la libertà di contrarre matrimonio tra i «diritti della famiglia» in forza della specifica definizione dell'art. 29 Cost.; così pure M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano, 1985, 55, che include la libertà di formarsi una famiglia tra i diritti inviolabili; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, Cedam, Padova, 1990, 53 - il quale precisa che il diritto di libertà di matrimonio consiste nella facoltà di porre in essere l'atto giuridico matrimoniale alle condizioni previste dalla legge. Anche P. RESCIGNO, *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, Cedam, Padova, 1966, ristampa 1987, 52 - ritiene che «nel matrimonio e nella famiglia la libertà individuale celebra la sua indipendenza da ogni costrizione» e che l'art. 29 Cost. costituisce «la migliore conferma dell'accoglimento nella Costituzione dell'istanza pluralista»; diversamente M. BESSONE, *Art. 29-31, cit.*, si richiama all'art. 31 Cost., il cui primo comma ritiene enunci «direttive che escludono la legittimità di qualsiasi politica del diritto limitativa della libertà di contrarre matrimonio»

¹³ La libertà di contrarre matrimonio costituisce un diritto inviolabile, fondato in primis sull'art. 29 Cost.: la sua tutela appare così forte, attenendo agli aspetti più profondi della coscienza umana, da non ammettere condizionamenti di sorta, neanche indiretti (nel senso che la libertà di contrarre matrimonio rientri tra i diritti inviolabili A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali, cit.*, 21 e Id., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 24). Volendo riprendere le parole della sentenza della Corte costituzionale 22 gennaio 1992, n. 1, in *Giur. cost.*, I, 1992: il vincolo matrimoniale, «cui si riconnettono valori costituzionalmente protetti, è e deve rimanere frutto di una libera scelta autoresponsabile, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze». Ne discende che «esso si sottrae a ogni forma di condizionamento indiretto, ancorché eventualmente imposto in origine dall'ordinamento»; ancora Corte cost., ord. 30 gennaio 2003, n. 14, in *Giur. cost.*, 2003, I, 27.

¹⁴ Cass., Sez. Un., 6 dicembre 1985, n. 6128, in *Foro it.*, 1986, I, 396; Cass. 9 dicembre 1985, n. 6211, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 451.

irrelata, ma come individuo necessariamente proiettato su un piano di socialità e di relazione con gli altri soggetti ¹⁵.

Anche l'art. 31 Cost., nell'ascrivere a compito della Repubblica l'agevolare la formazione della famiglia (oltre che l'adempimento dei compiti relativi), tende ad escludere la legittimità di limitazioni di qualsiasi tipo alla libertà matrimoniale, in quanto finalità di tale disposizione, in combinato con l'art. 29 Cost., è quella di sottrarre il matrimonio a qualsiasi forma di condizionamento anche indiretto ¹⁶.

In tal senso la Corte Costituzionale ha ripetutamente valorizzato la libertà matrimoniale, da ultimo dichiarando illegittime le norme contenute in numerose leggi speciali che consideravano la condizione di celibe come requisito necessario per accedere alle forze armate, o ad altre carriere militari ¹⁷.

Il novellato art. 116 c.c. concreta una violazione del principio di uguaglianza, stante la disparità di trattamento che si viene a creare tra chi sposa all'estero uno straniero (magari in un consolato italiano), senza necessità di alcuna documentazione di soggiorno, e può legittimamente portare il coniuge in Italia, e chi, invece, sposandosi in Italia, è ora soggetto alle nuove restrizioni.

La nuova disciplina appare inoltre irragionevole, precludendo la capacità matrimoniale ai nubendi stranieri per perseguire finalità che sarebbero raggiunte attraverso strumenti più idonei e proporzionali allo scopo ¹⁸. Ripercorrendo l'*iter* delle valutazioni effettuate dal

¹⁵ Valorizza il profilo di autonomia dell'istituto familiare P. Zatti, *Familia, Familiae –Declinazioni di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, I, 15 per cui: «La famiglia (in senso esteso) si costituisce per volontà di una coppia di eguali. Nelle sue relazioni interne è fondata sull'autonomia nel rispetto della dignità, dell'eguaglianza, della reciprocità, della libera espressione della personalità individuale. I modi della sua costituzione e scioglimento non sono costituzionalmente vincolati anche se si dà primato al matrimonio. È una società che sulla base della maternità e della paternità ha competenza (diritto e dovere) per l'educazione, l'istruzione, il mantenimento di figli, e che quindi anche sotto questo profilo è caratterizzata dall'autonomia».

¹⁶ G. FERRANDO, *sub art. 82*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile*, I, Milano, 2009, 1074 ss.; ID., *Matrimonio e filiazione nella l. 94/2009 (c.d. Pacchetto Sicurezza)*, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2009, XII, 957

¹⁷ L'imposizione della condizione di celibato per accedere alla carriera militare «incide altresì indebitamente, in via indiretta ma non meno effettiva, sul diritto di contrarre matrimonio, discendente dagli artt. 2 e 29 della Costituzione, ed espressamente enunciato nell'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nell'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848 (e vedi oggi anche l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000). L'uso della discrezionalità del legislatore nella determinazione dei requisiti per

l'accesso ai pubblici uffici deve essere soggetto a scrutinio più stretto di costituzionalità quando non è in discussione solo la generica ragionevolezza delle scelte legislative, in relazione ai caratteri dell'ufficio, ma l'ammissibilità di un requisito la cui imposizione si traduce, indirettamente, in una limitazione all'esercizio di diritti fondamentali: quali, nella specie, oltre al diritto di contrarre matrimonio, quello di non essere sottoposti ad interferenze arbitrarie nella vita privata (proclamato nell'art. 12 della Dichiarazione universale e nell'art. 8 della Convenzione europea; e vedi oggi anche l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)» (Corte costituzionale 12 novembre 2002, n. 445).

¹⁸ Così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ.*, cit., 946 per cui «meglio sarebbe stato, a parere di chi scrive, astenersi dall'inquinare la disciplina matrimoniale per finalità che le sono estranee. Tuttavia, se proprio il consiglio non poteva essere seguito, si sarebbe almeno potuto cogliere l'occasione per dare davvero maggiore protezione all'autenticità della volontà matrimoniale (pur con i disagi che un regime di maggiore verificabilità comporta sempre, anche nei riguardi di chi utilizza gli istituti giuridici in modo corretto) operando sulla disciplina degli effetti, invece che stravolgendo quella relativa all'atto. Si sarebbe potuto, quindi, impedire al coniuge opportunistico, (dopo avere acquisito prove certe dell'insussistenza di un effettivo rapporto coniugale) il raggiungimento degli effetti legali perseguiti tramite il matrimonio e facilitare l'azione per l'annullamento del matrimonio, con particolare riguardo alla legittimazione all'azione del p.m. per simulazione di matrimonio. Per questa via, nemmeno immaginata, anche il caso della ventenne (italiana, comunitaria, o straniera regolarmente soggiornante) che sposi simulatamente un settantenne per riceverne benefici pensionistici e patrimoniali a danno dello Stato o di terzi avrebbe potuto ricevere attenzione. Forse è meglio così, perché ne avrebbe subito sicuro danno la certezza di rapporti giuridici piuttosto delicati, ma è comunque evidente che il problema tenuto a mente dal

legislatore, si può accertare come non sussistano quei presupposti di ragionevolezza tali da giustificare la scelta legislativa di operare una distinzione tra situazioni uguali e quindi, come la Corte costituzionale ha icasticamente precisato in un precedente, «il principio di eguaglianza [viene] violato anche quando la legge, senza un *ragionevole* motivo, faccia un trattamento diverso a cittadini che si trovino in situazione eguale»¹⁹.

Così se è vero che la libertà e la capacità matrimoniali possono ed anzi devono essere sottoposte alle condizioni di legge esistenti in ciascuno Stato, pure è vero che tali condizioni sono legittime solo se obiettivamente necessarie e dunque ragionevoli all'esito di un bilanciamento tra il diritto di libertà che viene ad essere limitato e gli interessi concorrenti che mediante tali limitazioni si intendono tutelare.

Si deve rammentare che per la valida celebrazione del matrimonio è necessaria la presenza di una serie di condizioni, e l'assenza di una serie di ostacoli, detti impedimenti, tradizionalmente espressi nella forma negativa del divieto. Alcune condizioni richieste per la validità del vincolo - inserite nella sez. VI del Titolo VI del codice (art. 117 ss. c.c.) - sono accertabili solo giudizialmente e successivamente alla celebrazione, mentre quelle regolate dalla sez. I (artt. 84-92 c.c.), possono essere verificate documentalmente, ad opera dell'ufficiale dello stato civile, anteriormente alla stessa celebrazione e sono rilevanti per l'esercizio del potere di opposizione, di cui all'art. 102 c.c..

In particolare, alcuni tra gli impedimenti (artt. 84-92 c.c.) - che, essendo in armonia con i principi fondamentali dell'ordinamento, non attentano alla libertà matrimoniale - sono di tassativa elencazione e, qualora non siano posti a tutela di un interesse di ordine pubblico²⁰, sono dispensabili con l'esercizio dell'attività di volontaria giurisdizione²¹.

La funzione di tali disposizioni è quindi quella di far sì che siano riconosciuti dall'ordinamento solo i vincoli che corrispondono ad un modello socialmente accettato di matrimonio, garantendo in tal modo la corrispondenza tra matrimonio concreto e modello astratto. I diversi ordinamenti, sia pur con regole variabili, hanno perciò sempre indicato quali sono i requisiti necessari per contrarre matrimonio, che non si qualifica come libertà assoluta, ma si svolge entro i confini tracciati dall'ordinamento²².

Ammesso il carattere limitato di tale libertà, la restrizione alla capacità matrimoniale, introdotta con la novella dell'art. 116 c.c., appare incongrua, non essendo posta a tutela di rilevanti interessi di ordine pubblico, né trovando fondamento in alcun diritto o interesse costituzionalmente rilevante.

legislatore non è stato quello di salvaguardare la purezza della volontà matrimoniale».

¹⁹ Corte cost. sent. 16 marzo 1960, n. 15, in *Giur. Cost.*, 1960

²⁰ Il concetto di ordine pubblico è intimamente connesso con quello di «interessi pubblici primari» meritevoli di tutela da parte dello Stato. La Corte costituzionale ha chiarito a tal proposito che: «... tale definizione nulla aggiunge alla tradizionale nozione di ordine pubblico e sicurezza pubblica tramandata dalla giurisprudenza di questa Corte, nella quale la riserva allo Stato riguarda le funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento. E' dunque in questo senso che deve essere interpretata la locuzione 'interessi pubblici primari' utilizzata nell'art. 159, 2° co., Tu immigrazione: non qualsiasi interesse pubblico alla cui cura siano preposte le pubbliche amministrazioni, ma soltanto quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile. Una siffatta precisazione è necessaria ad impedire [...] una smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico ...» (Corte Cost. 25.luglio 2001, n. 290). Così, non c'è alcun dubbio che i requisiti e divieti di contrarre matrimonio di cui agli articoli 84 (età), 85 (infermità di mente), 86 (libertà di stato), 87 (parentela, affinità, adozione e affiliazione), 88 (delitto) e 89 (lutto vedovile) cod. civ. siano ampiamente giustificati da ragioni di ordine pubblico, diversamente si potrebbe opinare per il novellato art. 116 c.c..

²¹ G. FERRANDO, *Matrimonio civile*, in *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 251; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*³, Torino, 2005, 51.

²² G. FERRANDO, *sub art. 116* – Addenda di aggiornamento, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile*, I, Milano, 2009, 7 ss.; G. NENCINI, *La libertà di contrarre matrimonio e la condizione dello straniero nel nostro ordinamento*, in *Stato. civ. it.*, 2009, I, 16.

Vi è infine un ultimo profilo di illegittimità da valutare, ossia quello incidente sull'art. 7 Cost., nella misura in cui il requisito della regolarità del soggiorno si appalesa come incompatibile con il carattere pluralistico degli ordinamenti matrimoniali che caratterizza il nostro Paese.

Nell'ambito del diritto canonico la posizione amministrativa del nubendo straniero risulta assolutamente ininfluenza sulla sua capacità matrimoniale e dunque non dovrebbe costituire alcuna ragione di preoccupazione per il ministro del culto richiesto della celebrazione del matrimonio religioso cattolico. Certo il problema si potrebbe porre a seguito del rifiuto di trascrizione negli atti di stato civile del matrimonio riguardante lo straniero irregolare²³, tuttavia le norme che regolano tale ipotesi, ossia l'art. 13 l. 27 maggio 1929, n. 847 e l'art. 8, 2° co., l. 25 marzo 1985, n. 121, sono sufficientemente chiare da consentire di 'aggirare' l'art. 116 c.c., prevedendosi il divieto di trascrizione solo in presenza di impedimenti inderogabili²⁴.

Svolta questa rapida analisi dei profili di illegittimità rintracciabili nel novellato art. 116 c.c., si possono osservare i diversi approcci alla questione da parte della giurisprudenza.

3. L'INTERPRETAZIONE CONFORME: IL TRIBUNALE DI RAGUSA

Una prima risposta alla sfida interpretativa posta dalla condizione manzoniana²⁵ di cui all'art. 116 c.c. è stata offerta dal Tribunale di Ragusa²⁶ nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione promosso a seguito del diniego di celebrazione del matrimonio tra un cittadino albanese e un'italiana opposto dall'ufficiale di stato civile.

Nel caso di specie, alla data inizialmente fissata per la celebrazione, lo sposo era risultato era in possesso di una ricevuta attestante l'istanza di rinnovo di un permesso di soggiorno presentata con circa tre anni di ritardo rispetto alla scadenza del titolo originariamente posseduto. Di conseguenza, l'ufficiale di stato civile del comune siciliano aveva ritenuto che il nubendo si trovasse in posizione di irregolarità sul territorio italiano e dunque il matrimonio non potesse essere celebrato ai sensi dell'art. 116 c.c., così come novellato dalla l. n. 94/2009.

Tale determinazione dell'ufficiale di stato civile era stata giustificata sulla base dell'interpretazione «espansiva» della disposizione data dalla circolare n. 19 del 07 agosto 2009 del Ministero dell'interno, la quale stabilisce, tra l'altro, che lo straniero in attesa di rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, per provare la sua condizione di soggetto regolarmente soggiornante in Italia al fine di poter contrarre matrimonio, deve produrre il contratto di soggiorno, la domanda di rilascio del permesso di soggiorno

²³ Tuttavia - come è probabile - vi fosse il rifiuto dell'ufficiale di stato civile con atto di diniego necessariamente scritto e motivato, questo potrà essere impugnato davanti al giudice ordinario ai sensi dell'art. 98 c.c., il quale potrebbe sollevare, a sua volta, la questione di illegittimità costituzionale della norma.

²⁴ Secondo il dettato dell'art. 8, 2° co., l. 25 marzo 1985, n. 121 «Sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previa pubblicazioni nella casa comunale. Subito dopo la celebrazione, il parroco o il suo delegato spiegherà ai contraenti gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi, e redigerà quindi, in doppio originale, l'atto di matrimonio, nel quale potranno essere inserite le dichiarazioni dei coniugi consentite secondo la legge civile. La Santa Sede prende atto che la trascrizione non potrà avere luogo: a) quando gli sposi non rispondano ai requisiti della legge civile circa l'età richiesta per la celebrazione; b) quando sussiste fra gli sposi un impedimento che la legge civile considera inderogabile [...]». Si veda anche la Circolare del Ministero di Grazia e Giustizia 26 febbraio 1986 inerente 'Istruzioni agli ufficiali dello stato civile per l'applicazione, allo stato, dell' art. 8, n. 1, dell'Accordo fra la Repubblica italiana e la Santa Sede, ratificato con legge 25 marzo 1985, n. 121'

²⁵ Manzoniana nel senso che metaforicamente il legislatore si è assunto il ruolo di don Rodrigo, impedendo irragionevolmente e per capriccio ideologico l'accesso al matrimonio agli stranieri irregolari, mentre i giudici - abbandonate le vesti conservatrici di don Abbondio - si sono assunti un ruolo di tutela e promozione dei principi costituzionali.

²⁶ Trib. Ragusa, decr. 16 aprile 2010, in www.asgi.it

presentata allo Sportello Unico per l'immigrazione e la ricevuta rilasciata dall'Ufficio postale attestante l'avvenuta presentazione della richiesta del permesso di soggiorno. Stabilisce, poi, che, per contro, lo straniero, in attesa del rinnovo del permesso di soggiorno deve produrre, per provare di essere regolarmente soggiornante in Italia, la ricevuta della richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno e il permesso da rinnovare «*al fine di verificare che la presentazione dell'istanza sia avvenuta nei termini di legge*».

Si deve rilevare come il tardivo inoltro della relativa domanda non escludano automaticamente la possibilità del rinnovo del permesso, così come la presentazione anche tempestiva dell'istanza non ne rende certo l'accoglimento, dovendo l'amministrazione valutare le ragioni del ritardo e la persistenza delle condizioni per il soggiorno (Cons. Stato 17 agosto 2000, n. 368; Cons. Stato 9 dicembre 2002, n. 6687; Cass. civ., S.U., 20 maggio 2003, n. 7892; Cons. Stato 11 settembre 2006, n. 5240; Tar Sicilia-Catania, sez. I, 26 giugno 2008, n. 1244; Tar Veneto-Venezia, sez. III, 16 febbraio 2009, n. 377).

Conseguentemente, osserva il Tribunale:

«lo straniero che abbia presentato in ritardo l'istanza di rinnovo si trova nella stessa condizione di quello che, entrato regolarmente in Italia, sia in attesa del permesso di soggiorno, condizione che la stessa circolare suddetta ritiene idonea a soddisfare i requisiti di cui all'art. 116 del codice civile. Ove si ritenga che lo straniero entrato regolarmente in Italia e in attesa di ottenere il permesso di soggiorno possa contrarre matrimonio, ex art. 116 c.c., in quanto ritenuto regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato, sarebbe irragionevole ritenere che non sia in tale condizione e non possa contrarre matrimonio colui che sia entrato regolarmente in Italia ed abbia conseguito il permesso di soggiorno e che, seppure con ritardo, ne abbia chiesto il rinnovo dopo la sua scadenza, posto che costui non è irregolare, ma in attesa del provvedimento amministrativo che consenta il suo soggiorno in Italia per il tempo previsto dalla legge».

E' lo stesso Tribunale a rilevare che quella esposta rappresenta l'unica interpretazione della norma costituzionalmente conforme, sicchè, diversamente, si porrebbe la questione della sua legittimità costituzionale ²⁷.

Sono in gioco infatti diritti di rilievo costituzionale: la libertà di sposarsi e di scegliere il coniuge in assoluta autonomia (e qui viene in rilievo anche la limitazione della libertà del cittadino italiano, ovvero della sposa) riguarda la sfera intima ed il vissuto esistenziale di ogni persona e, quindi, delimita un ambito nel quale lo Stato, che tutela la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.) ²⁸, non può interferire, salvo che non vi siano interessi prevalenti incompatibili.

Tuttavia – come rileva il Tribunale – interessi prevalenti di rango costituzionale non si ravvisano sussistono, nemmeno considerando la materialità del caso di specie: lo sposo, infatti, «non era, al momento di celebrare il matrimonio, un clandestino o un soggetto pericoloso per la sicurezza pubblica, tanto che l'amministrazione non si è curata di espellerlo nonostante sia rimasto in Italia per oltre tre anni con permesso di soggiorno

²⁷ Da notare il riferimento all'ordinanza del Tribunale di Venezia in data 3 aprile 2009, in *Corr. merito*, 2009, 731; in *Foro it.*, 2009, 7-8, 1, c. 2233; in *Giur. it.*, 2009, 2693; in *Nuova giur. comm.*, 2009, 9, 1, 911, con nota di Buffone.

²⁸ Sulla funzione limitativa ai poteri regolatori dello Stato in materia di diritto di famiglia (e sulla formazione della stessa) si vedano le considerazioni di Aldo Moro nel corso della adunanza plenaria della Assemblea costituente del 15 gennaio 1947. In particolare, in relazione alla formula «la famiglia è una società naturale», egli sottolineò che «non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita».

scaduto e ciò neppure dopo avere appreso, attraverso la formale richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno da costui formulata, della condizione in cui versava lo stesso».

Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale di Ragusa ha negato la legittimità della posizione assunta dall'ufficiale di stato civile, reinterprestando la circolare del Ministero dell'interno, in quanto contenente una disciplina *praeter legem*, che aggravava l'onere dell'impedimento già posto a carico del nubendo straniero in contrasto con la lettera e lo spirito del novellato art. 116 c.c..

Il Comune infatti non poteva trovare conforto esclusivo nella lettera della circolare ministeriale – che non è fonte del diritto – ed avendo generalmente contenuto e funzione esplicativa della legge, è diretta solo a fornire criteri di uniforme applicazione della stessa, qualificandosi da sé come atto interno volto ad assolvere ad un ruolo chiarificatore e interpretativo nei riguardi degli organi di amministrazione attiva destinatari della stessa.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina del matrimonio dello straniero, il relativo potere non può che competere al legislatore, con la conseguenza che se quest'ultimo, nella sua ampia discrezionalità politica, ha stabilito di porre quale condizione alla capacità matrimoniale dello straniero, oltre al nulla osta, anche la presentazione di un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio nazionale, quest'ultimo onere (o meglio impedimento) non può essere esteso nel senso prospettato nella circolare ²⁹.

Tra l'altro l'interpretazione data dalla circolare si pone *contra legem* nella misura in cui attribuisce, seppure implicitamente, all'ufficiale di stato civile poteri e attribuzioni (ossia la valutazione sulla regolarità del documento di soggiorno) di competenza esclusiva del Questore secondo quanto statuito nel d.lgs n. 286/1998.

La sentenza commentata risulta comunque importante per lo sforzo ermeneutico effettuato dai giudici, i quali, fedeli al ruolo loro attribuito dalla Costituzione, ne hanno riaffermato i principi, confermando che la vita del diritto si costituisce sempre come «irriducibilità» dell'esperienza, in cui c'è sempre qualcosa che deve intervenire a raccontare la storia dell'esperienza del diritto ³⁰.

4. LA VIA COSTITUZIONALE: IL TRIBUNALE DI CATANIA

Il Tribunale di Catania ³¹ ha intrapreso la diversa strada del giudizio incidentale, sollevando d'ufficio questione di legittimità costituzionalità avanti la Corte in relazione all'art. 116, 1° co., c.c. limitatamente alle parole «nonchè un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano», introdotte dall'art. 1, 15 co°, l. 94/2009, in quanto contrastanti con gli artt. 2, 3, 29, 31 e 117 Cost ³².

Anche, nel caso di specie, la questione è stata sollevata nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione promosso avverso il rifiuto alla celebrazione del matrimonio opposto ad una coppia di cittadinanza mista dall'ufficiale dello stato civile di un comune del catanese a cagione della rilevata mancanza dei requisiti per cittadino straniero a contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 116 c.c. ³³.

²⁹ Per quanto in sentenza si escluda la concessione del risarcimento a favore dei ricorrenti (domanda proposta nel ricorso in modo errato quanto all'*an*) si può ritenere immediatamente lesiva dell'interesse legittimo dei destinatari la circolare ministeriale che, *contra e/o praeter legem*, impartisca disposizioni agli organi subordinati perché si discostino discrezionalmente dalla pedissequa applicazione di norme vigenti di legge con pregiudizio delle situazioni giuridiche soggettive, indipendentemente dagli esiti della concreta applicazione delle direttive impartite (Cons. Stato, 2 marzo 1999, n. 243, in *FA*, 1999, 746).

³⁰ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 143.

³¹ Trib. Catania, ord. 13 novembre 2009, in www.affidamentocondiviso.it

³² Si segnala da ultimo l'ordinanza 16 giugno 2010 del Giudice di Pace di Trento, in www.asgi.it che sulla base delle medesime argomentazioni ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione anche all'art. 116, 1° co., c.c.

I ricorrenti chiedevano l'accertamento dell'illegittimità del rifiuto, sostenendo che la novella non comportava la presentazione del documento attestante la regolarità del permesso di soggiorno al momento della celebrazione del matrimonio, ma solo al momento della richiesta delle pubblicazioni, sicchè, una volta effettuate le pubblicazioni, il matrimonio richiesto avrebbe dovuto esser celebrato, senza tener conto della norma entrata in vigore successivamente alle pubblicazioni, non trattandosi di un requisito di validità del matrimonio, ma esclusivamente una previsione volta a consentire all'autorità nazionale un momento di controllo e di verifica della presenza irregolare nel territorio dello straniero.

Deducevano, inoltre, che quando lo straniero aveva chiesto la celebrazione del matrimonio, egli era stato sottoposto ad obbligo di dimora in virtù del provvedimento emesso nell'ambito del procedimento penale, ex art. 283 c.p.p., sicchè doveva ritenersi valida la sua presenza nel territorio italiano.

Il Tribunale di Catania, in punto di rilevanza, ritiene sussistenti i presupposti di applicabilità dell'art. 116, 1° co., c.c., come novellato dal legislatore del 2009, sia sotto il profilo temporale sia sotto il profilo sostanziale.

Ratione temporis si ritiene che la nuova disciplina sia applicabile a tutti i matrimoni da celebrarsi dopo la sua entrata in vigore, anche laddove la pubblicazione sia stata effettuata precedentemente, in quanto il primo comma dell'art. 116 c.c., non distinguendo tra matrimonio dello straniero con altro straniero o con cittadino italiano, richiede la presentazione dei documenti ivi previsti al momento della celebrazione del matrimonio, ancorando la sussistenza delle condizioni a tale momento³⁴.

Sotto il profilo sostanziale, il Tribunale rileva come la disposizione richieda espressamente la presentazione di un documento amministrativo attestante la «regolarità» del soggiorno dello straniero nel territorio italiano, riferendosi, all'evidenza, all'esistenza di un titolo o di un provvedimento amministrativo che autorizzi lo straniero a soggiornare regolarmente nel territorio italiano. Per tale motivo si è considerata infondata la tesi proposta dai ricorrenti per cui la posizione di regolarità sarebbe derivata dalla misura cautelare emessa nell'ambito del procedimento penale a carico dello sposo³⁵.

Conseguentemente, sussistendo tutti gli elementi previsti dalla fattispecie prevista dal novellato art. 116 c.c., invocato dall'ufficiale dello stato civile a sostegno del suo rifiuto alla celebrazione delle nozze tra i ricorrenti, il vaglio di rilevanza aveva un esito positivo,

³³ Da notare lo zelo dell'ufficiale di stato civile, che ricevuta la richiesta di pubblicazioni, aveva segnalato il caso alla polizia. Lo sposo, volontariamente presentatosi in Commissariato, ove era stato convocato in esito alla segnalazione dell'ufficiale di stato civile, era stato tratto in arresto per non aver ottemperato ad un precedente ordine di espulsione emesso dal Questore di Sassari, ai sensi dell'art. 14, 5-ter co. d.lgs. n. 286/98, e che, svoltasi in data 24/8/2009, l'udienza di convalida d'arresto e giudizio direttissimo, il Tribunale di Catania, sez. dist. di Adrano aveva convalidato l'arresto e rinviato il procedimento, disponendo la rimessione in libertà dell'imputato e sottoponendolo alla misura cautelare dell'obbligo di dimora. Sul punto si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul matrimonio dello straniero privo di autorizzazione al soggiorno*, in *Famiglia e diritto*, 2008, II, 205.

³⁴ A differenza del Tribunale di Ragusa, quello catanese ritiene che «l'ufficiale dello stato civile sia tenuto a verificare la sussistenza del documento attestante la regolarità del permesso di soggiorno, previsto dalla legge come nuovo ed ulteriore requisito per la celebrazione del matrimonio dello straniero, in applicazione della norma sopravvenuta, prima di procedere alla celebrazione delle nozze, senza poter effettuare alcuna valutazione discrezionale».

³⁵ Diversa è la posizione del detenuto straniero in regime di esecuzione pena. È persino lapalissiano osservare che la sua presenza (in un istituto di pena) sul territorio nazionale non solo è autorizzata ma addirittura comandata e coattivamente assicurata dalle forze di polizia penitenziaria. Che si tratti di una ipotesi, del tutto speciale ma indiscutibile, di regolarità del soggiorno è del resto confermato dalle stesse direttive ministeriali in materia anagrafica, le quali prevedono l'iscrizione dei detenuti stranieri nei registri della popolazione residente nel comune sul cui territorio è situato l'istituto dove essi stanno scontando la pena. Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ., cit.*, 946.

dovendo tale disposizione essere direttamente applicata per la soluzione della controversia insorta *inter partes*.

Quanto alla verifica della non manifesta infondatezza, il Tribunale individua quali norme parametro, da cui rileverebbe il contrasto con l'art. 116, 1° co., c.c., gli artt. 2, 3, 29, 31 e 117 Cost.³⁶

Il Tribunale opera un rapido richiamo alla violazione degli artt. 2, 3 e 29 Cost., ritenendo quasi scontato che un diritto inviolabile, quale quello a contrarre matrimonio, non possa essere oggetto di limitazioni irragionevoli e discriminatorie³⁷.

Limitazioni che per di più si presentano illegittime alla luce dell'onere, imposto alla Repubblica dall'art. 31 Cost., di agevolare la formazione della famiglia, anche mediante aiuti e provvidenze economiche.

In tal senso, la stessa Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che «nella sfera personale di chi si sia risolto a contrarre matrimonio non possa sfavorevolmente incidere alcunchè che vi sia assolutamente estraneo, al di fuori cioè di quelle regole, anche limitative, proprie dell'istituto: infatti, il relativo vincolo, cui tra l'altro si riconnettono valori costituzionalmente protetti, deve rimanere frutto di una libera scelta auto responsabile attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana ed alle sue fondamentali istanze, sottraendosi a ogni forma di condizionamento indiretto, ancorchè eventualmente imposto dall'ordinamento» (Corte Cost. 27/1969; 179/1976; 73/1987; 123/1990; 1991/189; 2000/187; 445/2002).

Se ne deve desumere l'illegittimità dell'impedimento introdotto con la novella dell'art. 116 c.c., in quanto la necessità della presentazione del permesso di soggiorno è da considerarsi inammissibile non essendo giustificabile in forza del richiamo all'ordine pubblico matrimoniale ed essendo inoltre estrinseco ai limiti strutturali dell'istituto.

Poco rilevante è infine il richiamo, quali norme interposte ai sensi dell'art. 117, 1° co., Cost., alla libertà di contrarre matrimonio riconosciuta dalla Convenzione ONU sui diritti umani (art. 16), dalla Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 12) e dalla Carta di Nizza (art. 9). Anche alla luce della già richiamata interpretazione della giurisprudenza Cedu e comunitaria, non credo si possa ravvisare, nel caso di specie, un'ipotesi di pregnante contrasto con l'art. 9 della Carta di Nizza o con l'art. 12 della Cedu, che riconoscono il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, in quanto, in esse si opera un espresso rinvio alla legge nazionale per la determinazione delle condizioni per l'esercizio di tale diritto (e quindi alla discrezionalità del legislatore³⁸).

³⁶ L'art. 116, 1° co., c.c. , nel richiedere allo straniero che voglia contrarre matrimonio nello Stato Italiano, oltre al nulla osta previsto sulla base delle rispettive leggi nazionali, anche un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano, appare suscettibile di contrasto sia 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, sia con l'art. 3 per violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza, sia con l'art. 29 per violazione del diritto fondamentale a contrarre liberamente matrimonio e di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sui quali e' ordinato l'istituto del matrimonio nel vigente ordinamento giuridico, sia con i principi sottesi all'art. 31 perché frappone un serio ostacolo alla realizzazione del diritto fondamentale a contrarre matrimonio, sia, infine, con l'art. 117, 1°co., in relazione all'art. 12 della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali.

³⁷ Nella giurisprudenza della Corte costituzionale l'affermazione chiara e inequivocabile del diritto a contrarre matrimonio come diritto fondamentale della persona risale alla sentenza n. 27 del lontano 1969, ove era in questione la legittimità della legge del 1963 che vietava il licenziamento a causa di matrimonio della donna lavoratrice. Ciò che di quella sentenza interessa in questa sede (non altro: la contrapposizione d'interessi che caratterizzava quel caso, infatti, è completamente diversa da quella del caso di cui tratto qui) è un'affermazione di principio fatta dalla Corte: che fra i diritti tutelati dall'art. 2 Cost. «non può non essere compresa la libertà di contrarre matrimonio»; e che l'art. 37 Cost., «stabilendo che le condizioni di lavoro devono consentire alla donna l'adempimento della sua funzione familiare, non può non presupporre, in primo luogo, che le sia assicurata la libertà di diventare sposa e madre».

³⁸ Corte cost. n. 138/2010 *docet*.

In conclusione, la previsione per gli stranieri che intendono contrarre matrimonio in Italia, - sia con altro straniero sia con un cittadino italiano, - del nuovo requisito della regolarità del soggiorno appare irragionevolmente limitativa della libertà matrimoniale, sia per lo straniero che per i cittadini italiani, e sembra determinare una discriminazione, legata ad una mera condizione personale, nell'esercizio di un diritto fondamentale dell'uomo.

La disposizione non trova giustificazione neppure attraverso l'ordinario bilanciamento con principi o valori di pari grado che vi siano contrapposti, in quanto la finalità primaria della stessa, ossia impedire l'abuso del diritto concretato dai matrimoni di comodo non può consentirne alcuna aprioristica limitazione di tale diritto, contemplando l'ordinamento altre misure volte a contrastare ed a sanzionare più adeguatamente il predetto fenomeno ³⁹.

5. CONCLUSIONI MINIME

Non si può certo prevedere l'esito delle questioni di legittimità prospettate dal Tribunale di Catania e dal Giudice di Pace di Trento in ordine all'art. 116 c.c., sarebbe comunque auspicabile che la Corte costituzionale si assumesse il ruolo del «buon agrimensore» segnando il confine tra diritto e la propaganda che assume impropriamente le vesti del diritto.

La disposizione commentata si inquadra infatti nel «Pacchetto sicurezza», approvato con l. 94/2009, che ha introdotto nell'ordinamento una serie disparata di misure accomunate dall'intento di criminalizzare la marginalità, in particolare quando questa assume il volto del migrante ⁴⁰.

Limitare la possibilità di sposarsi per gli stranieri irregolari (con italiani o con altri stranieri) presuppone, da un lato, un pregiudizio negativo, ossia che nell'unione matrimoniale si celi un intento abusivo e tende, dall'altro, ad alimentare quella «tautologia della paura» ⁴¹ che vede nella società multietnica, nel meticcio un rischio incombente alla stabilità delle nostre tradizioni.

Tuttavia questa costruzione giuridica dell'*alterità* del migrante, se è efficace nell'ambito della retorica politica, risulta devastante quando diviene strumento giuridico, inoculando nell'ordinamento i germi della discriminazione che porta con sé la lesione di diritti fondamentali.

Non sembri quindi retorico riproporre quanto scriveva, in un saggio del 1959 ⁴², Hannah Arendt, la quale riferendosi alle leggi che vietavano i matrimoni misti, rammentava come «il diritto di sposare chiunque si desidera è un diritto umano elementare rispetto al quale il diritto di frequentare una scuola mista, il diritto di sedersi dove si vuole in autobus, il diritto di andare in qualsiasi albergo o luogo di divertimento, indipendentemente dal colore della

³⁹ La nuova norma, invece di mirare con precisione al fenomeno da combattere, colpisce nel mucchio alla cieca; ovvero, per usare le parole di Morozzo della Rocca, interviene «sparando sulla folla con un armamentario giuridico di tutto peso, sull'onda di un allarmismo tanto diffuso quanto acritico, nemmeno filtrato dall'alambiccio del giurista». La sua irrazionalità rispetto allo scopo dichiarato appare evidente, se si guarda agli effetti irragionevolmente discriminatori che produce. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Simulazione, matrimonio di comodo e cittadinanza*, in *Famiglia e diritto*, 2007, X, 955.

⁴⁰ Sulla costruzione sociale del migrante come nemico si rinvia a A. DAL LAGO, *Non persone*, Feltrinelli, Milano, 1999, 50 ss.

⁴¹ Questo meccanismo di produzione della paura viene definito tautologico in quanto la semplice enunciazione dell'allarme risulta sufficiente a dimostrare la realtà che esso denuncia. La tautologia della paura trasforma una risorsa simbolica (quale quella per cui 'gli stranieri sono una minaccia per i cittadini') in *frame* dominante attraverso le definizioni soggettive degli attori legittimi e quelle oggettive dei media. In seguito alla conferma soggettiva da parte degli attori legittimi (è il caso, proposto a ritmo martellante dai media, del cittadino che si lamenta per il degrado e che chiede l'intervento delle istituzioni), si arriva all'intervento del 'rappresentante politico legittimo' e alle eventuali misure legislative, politiche e amministrative che confermano il *frame* dominante.

⁴² H. ARENDT, *Riflessioni su Little Rock* (1959), in *id.*, *Responsabilità e giudizio*, Einaudi, Torino, 2003, 167-183.

propria pelle o dalla propria razza, diventano diritti minori. Perfino i diritti politici – come il diritto al voto, e quasi tutti gli altri diritti elencati nella Costituzione – sono secondari rispetto all’inalienabile diritto umano ‘alla vita, alla libertà e al perseguimento della felicità’ ed è in questa categoria che indiscutibilmente rientra il diritto a sposarsi e ad avere una famiglia».

* Cultore di diritto costituzionale presso la facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Bergamo

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali