

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio 3-2007/A

Il matrimonio telefonico pakistano

Approvato dalla Commissione Affari Europei e Internazionali il 28 settembre 2007

Un cittadino pakistano residente in Italia ha contratto matrimonio per telefono con una sua concittadina, residente in Pakistan. Sennonché, la nostra rappresentanza consolare ad Islamabad ha rifiutato alla donna il visto d'ingresso in Italia. Il Tribunale di Milano, tuttavia, ne ha accolto le ragioni, sulla base dell'art. 28 della legge italiana di diritto internazionale privato, secondo il quale il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento (*la sentenza si può leggere in allegato al presente studio*).

In diritto inglese (dove vi è una foltissima colonia pakistana) la regola fondamentale (ve ne sono alcune, diciamo, ancellari) sulla forma del matrimonio è che la stessa è regolata dalla legge del luogo di celebrazione. In un caso di non facile inquadramento (*McCabe v. McCabe* [1994] 1 F.C.R. 257 (C.A.)) un uomo il cui *domicile* ⁽¹⁾ era in Irlanda ed una donna il cui *domicile* era in Ghana, ambedue conviventi in Inghilterra, avevano contratto matrimonio secondo il costume della tribù ghanese degli Akan. Il nubendo dovette quindi dare ad un intermediario del denaro ed una bottiglia di gin, (assolvendo al requisito dell' "aseda") da portare in Ghana, dove la cerimonia ebbe luogo. Nessuno dei nubendi era presente né vi era alcun loro procuratore.

La Corte d'Appello inglese, chiamata ad esprimersi, considerò valida tale forma in quanto la legge da applicare sarebbe stata quella del Ghana, in quanto *locus celebrationis*. Questo *favor* nei riguardi della forma di celebrazione del matrimonio non sembra potersi ravvisare, invece, nella posizione assunta dal servizio britannico dei visti, secondo il quale la forma del matrimonio andrebbe regolata dalla legge dello Stato in cui ambedue le parti siano fisicamente presenti al momento della celebrazione, ragion per cui il matrimonio telefonico prima menzionato non è conside-

rato valido.

Vi è un evidente contrasto con la giurisprudenza prima riportata, la quale considerava valido il matrimonio anche in assenza sia di presenza fisica congiunta dei nubendi che di procura. Non sembra azzardato considerare che vi siano considerazioni di ordine metagiuridico alla base di questa posizione del governo britannico. La norma italiana di conflitto appare, alla luce della comparazione con quella adottata da ultimo dal Regno Unito, abbastanza generosa.

Tuttavia, l'ordinamento non è privo di strumenti per intervenire nei casi dubbi. Infatti, il decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 5 (Attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare) ha apportato delle modifiche al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), in forza delle quali, fra altro, la richiesta di ricongiungimento familiare è respinta se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di consentire all'interessato di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato. Inoltre, il citato d.lgs. 286/1998 già prevedeva che il permesso di soggiorno fosse immediatamente revocato qualora fosse accertato che al matrimonio non fosse seguita l'effettiva convivenza salvo che dal matrimonio fosse nata prole.

Come dire, quindi, che vi debbono essere in ogni caso degli strumenti atti ad evitare i matrimoni fittizi, onde consentire un controllo di quanto accade nella propria giurisdizione. Va soggiunto, però, che fra le previsioni della cenata direttiva in materia di poligamia e quelle delle norme italiane d'attuazione vi è un qualche scarto, che sarebbe stato opportuno colmare. In Spagna, l'art. 17, comma 1° lett. a della Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, stabilisce che "*En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial*". Da noi forse questo concetto si è dato per scontato; comunque, il problema della giusta attuazione delle direttive comunitarie conserva tutta la sua attualità.

Emanuele Calò

Allegato

Tribunale di Milano, Sentenza 2 febbraio 2007 Tribunale Civile di Milano - Sezione immigrazione

Il Giudice Dott.ssa Cassano Cicute,

letto il ricorso presentato da C. Z. M. in data 16/11/2006 ex art. 30 VI comma decreto legislativo 286/98 avverso il provvedimento di diniego del visto per ricongiungimento familiare emesso in data 20/9/06 dall'Ambasciata d'Italia in Islamabad;

ritenuta la tempestività e la propria competenza nel decidere;

a scioglimento della riserva assunta, così provvede:

L'Ambasciata Italiana ha motivato il proprio diniego di rilascio del visto d'ingresso sull'unico elemento fattuale dell'invalidità del matrimonio del ricorrente in quanto celebrato per telefono.

Il ricorrente lamenta profili di invalidità del provvedimento sulla circostanza della piena validità del vincolo coniugale secondo la legge pakistana comune ai due coniugi.

Le doglianze del ricorrente appaiono fondate.

Il ricorrente ha prodotto certificato pakistano di matrimonio dal quale si evince la piena validità in Pakistan del matrimonio celebrato a mezzo del telefono.

Giova richiamare l'art. 28 della L. 218/95 sulla legge applicabile in caso di matrimonio celebrato all'estero che prevede che il giudizio di validità formale del matrimonio deve essere effettuato alla luce della legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale dei coniugi.

Ne consegue pertanto che secondo la legge comune ai due coniugi anche il matrimonio celebrato per telefono ha validità giuridica.

Va rilevato che l'autorità amministrativa, nella persona del Questore di Varese ha già positivamente compiuto l'indagine sui requisiti per il rilascio del nulla osta concedendo il provvedimento di nulla osta al ricongiungimento familiare con la moglie S. Z. in data 18/7/05.

Secondo il disposto legislativo dell'art. 29 decreto legislativo 286/98 non è prevista la necessità di ulteriore controllo da parte dell'Ambasciata alla quale è inoltrata la richiesta per il visto d'ingresso, poiché a tale organo è riservato un mero controllo esterno di legittimità sull'esistenza delle condizioni di legge, che non può comportare una valutazione penetrante quale quella riservata soltanto alla Questura competente.

Tale interpretazione conduce a ritenere che l'Autorità amministrativa non possa effettuare un'indagine sulla validità formale del matrimonio che deve essere riservata soltanto a quella giurisdizionale (Cass. 5537/01).

Ne consegue pertanto che il provvedimento di diniego è illegittimo e deve essere annullato.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso presentato da C. Z. M. e annulla il provvedimento dell'Ambasciata d'Italia in Islamabad emesso in data 20/9/06.

-
- 1) Il concetto inglese di *civil domicile* s'è forgiato nel corso di due o tre secoli ed è basato in parte sulla giurisprudenza (*case law*), ed in parte sulle leggi promulgate dal Parlamento del Regno Unito nonché sulla base di diversi trattati sul diritto internazionale privato, come DICEY & MORRIS, *The Conflict of Laws*, 13 Edition e CHESHIRE & NORTH on *Private International Law*, dove si mettono in luce le differenze esistenti, all'interno della nozione di *domicile*, fra domicilio matrimoniale (in quanto comune alla coppia) e domicilio successorio. Il domicilio implica un legame ancora più forte e continuo di quello che presiede alla residenza. Il Regno Unito è composto da quattro "Paesi" il cui diritto privato può variare (Scozia, Galles, Irlanda del Nord e Inghilterra), mentre le giurisdizioni sono tre, in quanto Inghilterra e Galles costituiscono una sola giurisdizione. Il luogo in cui il soggetto ha il suo domicilio è stabilito dalla legge del foro, quale che sia la sua cittadinanza. Quanto all'Inghilterra, le persone debbono avere un solo domicilio in ogni tempo, al cui interno troviamo delle distinzioni.

a) *domicile of origin*

Al momento della nascita ciascuno acquisisce un *domicile of origin*, così configurato:

- 1) il figlio legittimo, nato durante l'esistenza del padre, ha il suo *domicile of origin* nel Paese del *domicile* del padre al tempo della sua nascita;
- 2) il figlio legittimo nato dopo la morte del padre, ha il suo *domicile of origin* nel Paese del *domicile* della madre al tempo della sua nascita;
- 3) un figlio adottivo ha il suo *domicile of origin* nel Paese in cui è stato adottato.

In prosieguo, a meno che il figlio non sia adottato (in tal caso potrà ricevere un nuovo *domicile of origin* derivato da quello degli adottanti) il domicilio di un figlio non coniugato muterà soltanto se mutasse il *domicile* paterno cambiasse.

Ai sensi dell'articolo 4 del *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, il domicilio di dipendenza (*domicile of Dependancy*) è così determinato:

- a) il domicilio di un figlio legittimo, nato durante la vita di suo padre, è lo stesso del padre e cambia con quest'ultimo;
- b) il domicilio di un figlio naturale, o di un figlio nato dopo la morte del padre, è quello della madre e muta con quello.

La legge prevede che, se i genitori (anche adottivi) vivono in luoghi separati o sono legalmente separati al tempo della morte della madre se il figlio vive con la madre, e non col padre, il figlio ha il domicilio materno; la legge prevede comunque altri sottocasi.

Si presume che il minore conservi il *domicile of origin* per tutta la vita e quindi anche in età adulta, finché non acquisisca un (nuovo) *domicile of choice*. Se perdesse tale *domicile of choice*, tornerebbe al *domicile of origin* in modo immediato ed automatico.

b) domicile of choice

Un adulto (diciotto anni) potrà acquisire un *domicile of choice* se residente in modo reale ed attuale in altro Paese, purché abbia l'intenzione espressa di considerare tale Paese come il suo focolare permanente o indefinito ("Ogni persona capace può acquisire un *domicile of choice* mediante la combinazione dell'intenzione di risiedere in permanenza o per un tempo indefinito"). Quindi, non conta quanto sia lungo il periodo di residenza, bensì l'intenzione o meno di rimanervi (*animus manendi*). In teoria, basta un giorno di residenza. L'onere della prova del mutamento di residenza spetta a chi sostiene vi sia stato detto mutamento.

L'abbandono del *domicile of choice*, non corredato dall'acquisizione di uno nuovo, ripristina automaticamente il *domicile of origin*. Tale abbandono si produce perché muta la residenza oppure perché viene meno l'intenzione di risiedere in permanenza o per un tempo indefinito.

Ormai da vent'anni vi sono progetti per mutare questi criteri consolidati; man mano che procedono i lavori per l'emanazione di regolamenti comunitari di diritto internazionale privato, la crisi di questi concetti si accresce, una crisi anche culturale, in quanto si tratta di concetti fortemente radicati nella tradizione anglosassone.

(Riproduzione riservata)