

La giurisprudenza: le sentenze per esteso a cura avv. Pasquale Guida

LA GIURISPRUDENZA: le sentenze per esteso**Famiglia- Filiazione adottiva- Kafalah****Cassazione Civile, n. 25310 del 11.11.2020, Sez. 1****Famiglia- Filiazione adottiva- Kafalah****MASSIMA**

È principio di diritto quello secondo cui, in tema di filiazione adottiva, la valutazione circa la possibilità di consentire al minore l'ingresso in Italia per il suo ricongiungimento con l'affidatario, anche se cittadino italiano, non possa essere esclusa in considerazione della natura e della finalità della *kafalah* c.d. negoziale: tuttavia, deve essere valutata - in concreto - la coerenza con il superiore interesse del minore.

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SCOTTI	Umberto Luigi Cesare Giuseppe	- Presidente	-
Dott. TERRUSI	Francesco	- rel. Consigliere	-
Dott. PAZZI	Alberto	- Consigliere	-
Dott. PACILLI	Giuseppina Anna Rosaria	- Consigliere	-
Dott. CARADONNA	Lunella	- Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 33922/2018 proposto da:
Ministero degli Affari Esteri, in persona del Ministro pro tempore, nonché Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro tempore, entrambi elettivamente domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi 12, presso l'Avvocatura generale dello Stato che li rappresenta e difende ope legis;
- ricorrenti -
contro
A.Z.;
- intimato -
avverso la sentenza n. 813/2018 della CORTE D'APPELLO di GENOVA, depositata il 16/05/2018;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 14/10/2020 dal Cons. Dott. TERRUSI FRANCESCO;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CERONI Francesca, che ha concluso per il rigetto del ricorso;
udito per i ricorrenti l'avvocato generale dello Stato Ilia Massarelli, che ha concluso per l'accoglimento.

FATTO

La corte d'appello di Genova ha respinto il gravame del Ministero dell'Interno e del Ministero degli Esteri contro l'ordinanza con la quale il tribunale della stessa città aveva annullato il diniego del visto dell'ambasciata italiana a (OMISSIS) per il ricongiungimento familiare di A.Z., già titolare di permesso per asilo politico, col proprio fratello minore I.A., affidatogli tramite procura notarile della madre.

L'avvocatura generale dello Stato ha proposto ricorso per cassazione nell'interesse di entrambi i ministeri, deducendo un unico motivo.

L'intimato non ha svolto difese.

La causa è stata rimessa in pubblica udienza con ordinanza interlocutoria n. 5081 del 2020, in relazione all'ambito applicativo dell'art. 29 T.U. IMM., nella parte relativa ai minori che, ai fini del ricongiungimento, possono essere equiparati ai figli (adottati, affidati e sottoposti a tutela).

DIRITTO

I. - Con l'unico mezzo l'avvocatura denuncia la violazione o falsa applicazione della L. n. 184 del 1983, art. 9 e art. 29 del T.U. IMM. perchè la norma da ultimo citata, nell'indicare i familiari di cui è ammesso il ricongiungimento, non farebbe alcun riferimento ai fratelli, che sono in base all'ordinamento italiano parenti di secondo grado, e non potrebbe essere interpretata estensivamente.

Il ricorso è fondato, sebbene nel senso e nei limiti che seguono.

II. - La corte d'appello di Genova ha confermato la decisione di primo grado sulla base di due considerazioni: (i) perchè l'art. 29 T.U. IMM., elenca i minori che possono equipararsi ai figli - ovvero gli adottati, gli affidati e i sottoposti a tutela e (ii) perchè nel caso concreto il fratello minore del richiedente era stato a lui affidato dalla madre in base a dichiarazione giurata vidimata da un notaio del luogo.

Anche se, con certo qual grado di contraddizione, la medesima corte ha pure sottolineato che le amministrazioni appellanti non avevano provato che il minore fosse fratello del richiedente, è pacifico, stante il tenore complessivo del provvedimento, che la decisione è stata resa sullo specifico presupposto che il minore è il fratello del richiedente, a lui affidato dalla madre. Occorre aggiungere del resto che, a riguardo del rapporto parentale e dell'avvenuto affidamento con la ridetta modalità, la decisione non è stata censurata.

III. - Il giudice a quo ha soggiunto che l'affidamento parentale è in Italia libero (per i primi sei mesi), ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 9, cosicchè le modalità adottate per l'affido, nel caso in esame, non avrebbero potuto esser ritenute in contrasto con l'ordinamento nazionale.

In tal guisa ha ritenuto non pertinenti i riferimenti delle amministrazioni ai precedenti di questa Corte in ordine all'istituto della "kafalah", poichè nella specie la madre aveva direttamente e semplicemente affidato il minore al fratello maggiore senza spogliarsi della potestà genitoriale.

IV. - In una simile motivazione - che identifica la ratio decidendi - si annidano errori di diritto, poichè invece proprio dalla giurisprudenza formatasi, nel tempo, con riguardo alla "kafalah" (istituto di diritto islamico teso a garantire protezione e assistenza ai minori che versino in condizioni di abbandono o privazione di mezzi, stante il divieto coranico dell'adozione) la corte

d'appello avrebbe dovuto trarre i principi rilevanti ai fini di causa.

A questo proposito è opportuno ricostruire, benchè sommariamente, il quadro normativo e giurisprudenziale in materia.

L'art. 29 del T.U. Imm. dispone che lo straniero può chiedere il ricongiungimento per i seguenti familiari: "a) coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni; b) figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso; c) figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale; d) genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati, gravi motivi di salute 2". Dopodichè la norma al comma 2 chiarisce che "i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli".

il punto attiene al significato da attribuire all'espressione "affidati".

V. - Quanto alla "kafalah" un orientamento assume che l'art. 29 citato non potrebbe essere interpretato estensivamente, neppure ai sensi dell'art. 28, comma 2, del medesimo D.Lgs., il quale, nel consentire l'applicazione delle norme più favorevoli, si riferisce esclusivamente a quelle che disciplinano le modalità del ricongiungimento (Cass. n. 4868-10).

Su questo orientamento fa leva l'avvocatura ricorrente.

Tuttavia l'orientamento citato è stato nella medesima prospettiva in parte contraddetto dalle Sezioni unite di questa Corte, che ex art. 363 c.p.c., hanno affermato il principio per cui "non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario, affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di "kafalah" pronunciato dal giudice straniero, nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano, ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito" (Cass. Sez. U n. 21108-13).

Nella motivazione è stato precisato (in linea ben vero con quanto già indicato da Cass. n. 7472-

08) che in ogni situazione nella quale venga in rilievo l'interesse del minore deve esserne assicurata la prevalenza sugli eventuali interessi confliggenti principio, codesto, espressamente affermato nell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 24 novembre 1989 ("In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente") e ribadito con l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo (che, ai sensi dell'art. 6 del trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati).

In sostanza, "in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente"; e tanto è desumibile anche dall'art. 2 (applicabile anche agli stranieri maggiorenni o minori: v. C. Cost. n. 199-86, C. Cost. n. 203-97, C. Cost. n. 376-00) e art. 30 Cost..

VI. - Ora, come hanno chiarito le Sezioni unite, tale principio deve trovare applicazione anche in materia di disciplina interna dell'immigrazione - il che è d'altronde previsto dall'art. 28, comma 3, T.U. Imm., secondo il quale "in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della L. 27 maggio 1991, n. 176".

A questo orientamento il collegio intende dare continuità.

Deve essere anche precisato che, in relazione alla "kafalah" pubblicistica (situazione pur diversa da quella in esame, che si basa su un affidamento diretto e privatistico dalla madre del minore al fratello), il corredo argomentativo della sentenza delle Sezioni unite si incentra sulla ammissibilità dell'interpretazione estensiva (sebbene ovviamente non di quella analogica) dell'art. 29 del T.U. Imm., in ciò chiaramente smentendo la diversa odierna tesi dell'avvocatura dello Stato.

Dopo aver ricordato che nell'interpretazione delle norme primarie il giudice deve preferire

quella conforme a Costituzione, la richiamata sentenza ha ribadito che la definizione normativa dei familiari stranieri per i quali il cittadino italiano residente in Italia può chiedere il ricongiungimento "non consente l'applicazione analogica a casi non previsti" (Cass. n. 25661-10), ma consente, in mancanza di regole di ermeneutica di diverso segno, l'interpretazione estensiva, specialmente quando sia l'unica costituzionalmente orientata e conforme ai principi affermati nelle norme sovranazionali, pattizie o provenienti da fonti dell'Unione Europea.

In tal modo la sentenza ha esplicitamente richiamato - e quindi per tale via confermato - quanto specificamente stabilito da Cass. n. 7472-08, secondo la quale tra gli istituti della "kafalah" di diritto islamico, "quando questa non abbia natura esclusivamente negoziale", e dell'affidamento nazionale di un minore prevalgono i punti in comune sulle differenze; cosicché il primo istituto, il quale costituisce l'unico di protezione previsto dagli ordinamenti islamici nei confronti dei minori orfani, illegittimi o abbandonati, può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare e dare titolo allo stesso, ai sensi del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 29, comma 2 (cd. T.U. Imm.).

VII. - L'indirizzo risalente alla citata pronuncia delle Sezioni unite ha lasciato aperta la questione relativa al limite dell'interpretazione estensiva, determinato dall'inciso "quando questa (la "kafalah") non abbia natura esclusivamente negoziale".

Devesi cioè stabilire se il confine dell'interpretazione estensiva debba porsi in rapporto ai soli istituti pubblicistici (come la "kafalah" tradizionale), ovvero possa determinarsi anche oltre tali istituti, col fine di dare tutela a situazioni nelle quali l'interesse del minore al ricongiungimento sia stato tradotto in atti di affidamento puro e semplice a uno dei familiari maggiorenni.

Questo è l'aspetto che rileva nel presente giudizio. E tale aspetto la corte territoriale ha completamente trascurato, erroneamente affermando la non pertinenza dei riferimenti alla "kafalah"; mentre invece essi ben afferivano, sebbene nell'ottica dell'interpretazione estensiva (in base ai principi giurisprudenziali appena richiamati) e del suo eventuale limite.

VIII. - Senonchè pure la "kafalah" convenzionale, prevista in alcuni ordinamenti giuridici che si ispirano all'insegnamento del

Corano, è stata considerata rilevante dalla successiva giurisprudenza di questa Corte, con la condivisibile avvertenza che si tratta di un istituto di protezione familiare inteso a far godere al minore maggiori opportunità di crescita e migliori condizioni di vita, salvaguardando il rapporto con i genitori.

Tale istituto prescinde dallo stato di abbandono del minore, ma si realizza mediante un negozio stipulato tra la famiglia di origine e quella di accoglienza, donde per tale via presenta caratteri comuni con l'affidamento previsto dall'ordinamento nazionale. E solo in quanto finalizzato a realizzare l'interesse superiore del minore esso non contrasta con i principi dell'ordine pubblico italiano e neppure con quelli della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, che pure opera espressamente, all'art. 20, comma 3, il riconoscimento quale istituto di protezione del minore della sola "kafalah" giudiziale - la quale, diversamente da quella convenzionale, presuppone invece la situazione di abbandono o comunque di grave disagio del minore nel suo ambiente familiare (v. Cass. n. 1843-15).

In tale prospettiva la valutazione circa la possibilità di consentire al minore l'ingresso in Italia e il ricongiungimento con l'affidatario non può essere esclusa, quindi, in considerazione della natura e della finalità dell'istituto della "kafalah" negoziale, ma pur sempre deve essere effettuata caso per caso in considerazione del superiore interesse del minore.

IX. - Simili criteri di giudizio vanno in questa sede confermati, come in qualche modo sostenuto anche dal procuratore generale in udienza.

Solo che, parametrata a essi, l'impugnata sentenza è deficitaria.

Lo è innanzi tutto nella parte in cui ha omissso di svolgere l'accertamento richiesto sulla natura e

sulle finalità dell'istituto prescelto dalle parti (appartenenti alla stessa famiglia) e sulla corrispondenza di esso alle norme di diritto interno dello Stato di provenienza.

Lo è poi nella motivazione assunta, poichè è stato affermato a premessa che non alla "kafalah" le parti avevano fatto riferimento (per quanto nel correttivo negoziale), sebbene a un atto di affidamento mero (avente forma "notarile") del minore dalla madre al fratello maggiore; atto che tuttavia neppure è stato qualificato sul piano giuridico.

Lo è infine nella ragione di conferma della decisione di prime cure, motivata con l'apodittica affermazione che un simile atto non sarebbe contrastante con la legislazione nazionale italiana. Quando invece, ferme essendo le analogie riscontrabili con il citato istituto di diritto islamico apoditticamente escluso, la corte d'appello avrebbe dovuto accertare prioritariamente (i) quale fosse la effettiva ragione pratico-giuridica di esso (giacchè un atto consimile è potenzialmente utilizzabile anche a fine elusivo delle norme del Paese ospitante); (ii) se e in qual senso, in base alle norme di diritto interno dello Stato di provenienza, il ricorso a un istituto del genere fosse da considerare ammesso e (iii) se e in qual senso, a fronte della concreta situazione personale e familiare, esso fosse coerente con i superiori interessi del minore. Cosicchè solo dopo l'espletamento di tale doverosa indagine si sarebbe potuto giungere a un concreto giudizio di non contrarietà all'ordinamento interno.

X. - L'impugnata sentenza va dunque cassata.

Segue il rinvio alla medesima corte d'appello, la quale, in diversa composizione, rinoverà l'esame uniformandosi ai principi esposti.

Essa provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità.

PQM

La Corte accoglie il ricorso, cassa l'impugnata sentenza e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla corte d'appello di Genova.

Dispone che, in caso di diffusione della presente sentenza, siano omesse le generalità e gli altri dati significativi.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile, il 14 ottobre 2020.

Depositato in Cancelleria il 11 novembre 2020