

## Corte di Cassazione, sezione I Civile

### Sentenza del 20 marzo 2008 n. 7472

Sul ricorso proposto da

Ministero degli Affari Esteri, in persona del Ministro pro tempore, domiciliato in Roma Via Dei Portoghesi 12, presso l'Avvocatura Generale Dello Stato, che lo rappresenta e difende ope legis;

- ricorrente -

contro

C. A.,

- controricorrente -

avverso il decreto della Corte d'Appello di Bologna, depositato il 06/03/07;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 03/03/2008 dal Consigliere Dott. Mario Rosario Morelli; udito, per il resistente, l'Avvocato Bruno G. che ha chiesto il rigetto del ricorso e depositato avviso di ritorno;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Pierfelice Pratis, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il Ministero degli Affari Esteri ricorre per cassazione avverso il decreto in data 6 marzo 2007, con il quale la Corte di appello di Bologna, in modifica del contrario precedente provvedimento del Tribunale di Modena, ha disposto il rilascio del visto (inizialmente negato dal Consolato d'Italia in Casablanca) alla minore J. A. (nata in Marocco nel gennaio 2004) per il ricongiungimento familiare (in Italia), al cittadino marocchino A. C., e alla di lui moglie, ai quali la piccola era stata affidata in custodia "Kafalah", dai suoi genitori (con atto notarile del luglio 2004, redatto da due notai in carica presso il Tribunale di I.).

Resiste il C. con controricorso.

2. Con i due connessi motivi di cui si compone l'odierna impugnazione il Ministero - nel denunciare (anche, non ritualmente, in termini di "vizi di motivazione") la "violazione e falsa applicazione", nella fattispecie, dell'art. 29 del d.lgs. n. 286/98, dalla Corte territoriale posto a base del decreto impugnato (in correlazione all'art. 20 della Convenzione di New York, sui diritti del fanciullo, del 20 novembre 1989) - formula conclusivamente (ex art. 366 bis c.p.c.) il seguente quesito di diritto: "se la Kafalah di diritto islamico possa essere considerata rilevante al fine del ricongiungimento familiare ai sensi del predetto art. 29 d.lgs. n. 286, nonostante la sua natura esclusivamente negoziale e l'assenza di ogni intervento giurisdizionale volto alla verifica dei presupposti di fatto della situazione di abbandono del minore e dell'idoneità dei kafil (o affidatari)".

3. La tesi per cui al riferito quesito andrebbe data risposta negativa é sostenuta dall'Amministrazione ricorrente sulla base di un sillogismo argomentativo. La cui premessa maggiore é costituita dalla presupposta "natura eccezionale" ("in linea con le politiche di contenimento della immigrazione") dell'istituto del ricongiungimento familiare, che la richiamata disposizione dell'art. 29 d. lgs. 286/98 (non suscettibile per ciò, a suo avviso, di interpretazione analogica od estensiva) circoscriverebbe ai soli specifici rapporti (di filiazione, adozione, affidamento e tutela) ivi testualmente elencati. E la cui premessa minore si risolverebbe nell'assunto che a nessuno di tali rapporti - e non a quello in particolare dell'affidamento ex art. 4 l. 184/1983 (cui a torto, quindi l'avrebbe ritenuta equipollente la Corte bolognese) - sia viceversa equiparabile, per la sua natura prettamente "negoziale", quello di Kafalah.

4. Nessuna delle riferite premesse pare, però, condivisibile.

4/1. Quanto, in primo luogo, alla norma dell'art. 29 d.lgs. n. 286/98, vale, infatti, per questa, come

per ogni altra, il canone ermeneutico, di chiusura, della esegesi costituzionalmente adeguata. Laddove, ove plurimi, ed antagonisti, siano i valori costituzionali di riferimento (come, appunto, nel caso del ricongiungimento familiare, con riguardo al quale vengono in gioco, da un lato, l'esigenza di protezione dei minori e, dall'altro, la tutela democratica dei confini dello Stato), potrà considerarsi "adeguata" solo quella interpretazione, della norma ordinaria, che realizzi l'equo bilanciamento di tali superiori interessi, alla luce anche della scala di valori presupposta dal Costituente. Bilanciamento - questo - che con riguardo al t.u. sulle immigrazioni, la stessa Corte Costituzionale (Giudice naturale, in materia) ha già avuto appunto occasione di operare (in sede di controllo di legittimità di altre sue denunziate disposizioni), nel segno di una tendenziale prevalenza del valore di protezione del minore, anche in relazione al minore straniero, rispetto a quelli di difesa del territorio e contenimento dell'immigrazione (cfr. sent.ze nn. 198 e 205/2003). Prevalenza che, a maggior ragione appare peraltro coesistente ad una esegesi costituzionalmente orientata della disciplina sul ricongiungimento, per lo specifico profilo che qui viene in rilievo, ove si consideri che - mentre ai "pericoli di strumentalizzazione ai fini di elusione della normativa in materia di immigrazione", non irragionevolmente paventati dal Ministero ricorrente, può comunque porsi in qualche modo rimedio attraverso i controlli interni al complesso e articolato procedimento autorizzatorio che (previo nulla osta dello Sportello Unico per l'immigrazione e visto d'ingresso dell'autorità consolare) si conclude con il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari - una pregiudiziale esclusione (come quella che pretende l'Amministrazione) del requisito per il ricongiungimento familiare per i minori affidati in "Kafalah", penalizzerebbe (anche con vulnus al principio di eguaglianza) tutti i minori, di paesi arabi, illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono, per i quali la Kafalah é - come si dirà - l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici.

4/2. Negli ordinamenti musulmani, infatti - stante la sancita illiceità di qualsiasi rapporto sessuale fuori dal matrimonio, l'esclusa giuridicità, ad ogni effetto, nei confronti del padre, dei figli naturali, e la considerazione di quelli adottati come "non veri figli" [Sura, XXXIII, versetto 4] - il dovere di fratellanza e di solidarietà, cui pure esorta il Corano [ivi, versetto 5], é assolto, nei confronti dei minori illegittimi, orfani o comunque abbandonati, attraverso l'unico strumento, appunto, di tutela e protezione dell'infanzia, definito "Kafalah". Mediante il quale il minore, per il quale non sia possibile attribuire la custodia, ed assistenza (hadana) nell'ambito della propria famiglia (legittima), può essere accolto da due coniugi od anche da un singolo affidatario (kafil), che si impegnano a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, come se fosse un figlio proprio, fino alla maggiore età, senza però che l'affidato (makful) entri a far parte, giuridicamente, della famiglia che così lo accoglie. Ogni singolo Paese di area islamica ha disciplinato, in maniera più o meno dettagliata, la Kafalah. La quale - espressamente riconosciuta come istituto di protezione del fanciullo anche nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989 (sub. art. 20) - é nella maggior parte delle legislazioni disposta con procedura giudiziaria, o previo accordo (tra affidanti e affidatari) comunque autorizzato da un Giudice, e con previsione di autorizzazioni, da richiedersi dal kefil all'Autorità competente, per atti di particolare rilievo, come, tra l'altro, l'espatrio. E ciò anche nel caso specifico del Marocco (cui appartengono il richiedente e la minore di cui si discute), che ha regolato, con tali modalità, la Kafalah (non espressamente menzionata nel Code du statut personnel et successoral) nel (successivo) dahir portant loi n. 1-93-165 del 10 settembre 1993 e nell'ancor più recente d.p.l. n. 1-02-172 del 13 giugno 2002, intitolato alla "prise en charge des enfant abandonnes".

4/3. Venendo allora al secondo assunto dell'Avvocatura, non si vede (alla luce di una interpretazione costituzionalmente adeguata, come detto, della normativa di riferimento) come possa quindi pregiudizialmente escludersi, agli effetti del ricongiungimento familiare, l'equiparabilità della Kafalah islamica all'affidamento.

Atteso, in definitiva, che - fuori dai casi (per cui restano margini di dubbio) in cui la Kafalah abbia base esclusivamente negoziale, in assenza di controllo alcuno della autorità sull'idoneità dell'affidatario e l'effettività delle esigenze dell'affidamento (quale invece previsto dallo Stato del Marocco) - tra la Kafalah islamica e il modello dell'affidamento nazionale prevalgono, sulle

differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l'uno che l'altro, sullo stato civile del minore; ed essendo anzi la Kafalah, più dell'affidamento, vicina all'adozione, in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la Kafalah (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente a fino alla maggiore età dell'affidato.

4/4. Per cui, conclusivamente, può darsi risposta affermativa al quesito di diritto, come sopra formulato, con enunciazione del principio per cui la Kafalah di diritto islamico, come disciplinata (nella specie) dalla legislazione del Marocco, può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare, e dare titolo allo stesso, ai sensi, dell'art. 29, co. 2, d. lgs. n. 286/1998.

5. Il principio così enunciato non si pone in contrasto con la precedente sentenza n. 21395/2005 di questa stessa Sezione che (occupandosi, per la prima volta, dell'istituto della Kafalah prevista dalla legge marocchina) ha bensì escluso il potere di rappresentanza legale dell'affidatario nei confronti di un makful espatriato in Italia (con riconoscimento della permanenza di un siffatto potere in capo all'autorità del Marocco competente), ma ciò per il profilo esclusivamente processuale della (denegata) legittimazione autonoma del kafil (nella specie per altro rappresentato da una coppia italiana) ad opporsi alla dichiarazione dello stato di adottabilità del minore - mentre, sul piano sostanziale, anche quella sentenza ha a sua volta, riconosciuto che “la kafalah attribuisce agli affidatari un potere di custodia, a tempo sostanzialmente indeterminato, con i contenuti educativi di un vero e proprio affidamento preadottivo”.

5. Il ricorso va, pertanto, respinto.

6. La novità e delicatezza della questione dibattuta giustifica la integrale compensazione delle spese di questo giudizio tra le parti.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso

Presidente: Luccioli

Relatore: Morelli