

ESENTE REGISTRAZIONE - ESENTE BOLLE DIRITTI
In caso di diffusione si applica l'art. 52 D.L. n. 196/03



1843/15

REPUBBLICA ITALIANA
NEL NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta da:

- Dott. Maria Gabriella Luccioli - Presidente -
- Dott. Sergio Di Amato - Consigliere -
- Dott. Maria Cristina Giancola - Consigliere -
- Dott. Giacinto Bisogni - Rel. Consigliere -
- Dott. Carlo De Chiara - Consigliere -

Delibazione di provvedimento omologatorio dell'autorità giurisdizionale del Marocco di un accordo di kafalah.

R.G.N. 7626/12

Cron. 1843

ha pronunciato la seguente

Rep. /

S E N T E N Z A

Ud. 26/09/14

sul ricorso proposto da:

.....
elettivamente domiciliato in,
presso l'.....

In caso di diffusione del presente provvedimento emettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 d.lgs. 196/03 in quanto:

..... fax

- disposto d'ufficio
- a richiesta di parte
- imposto dalla legge

che lo rappresenta e difende;

- ricorrente -

nei confronti di

.....
elettivamente domiciliato in,
via, presso lo studio dell'avv.

che, unitamente all'avv.

1614

....., lo rappresenta e difende per procura

2014

speciale a margine del controricorso e dichiara di

1 B...



voler ricevere le comunicazioni relative al processo al
fax n. e all'indirizzo p.e.c.

- controricorrente -

nonché sul ricorso proposto da:

, come sopra rappresentato e difeso;

- ricorrente incidentale -

nei confronti di

;

- intimato -

avverso la sentenza n. della Corte di appello di
Brescia, emessa il e depositata il ,
n. ;

sentito il Pubblico Ministero in persona del sostituto
procuratore generale dott. che ha
concluso per la dichiarazione di inammissibilità o il
rigetto del ricorso;

Rilevato che

1. Con ricorso del 28 gennaio 2011 :

ha adito la Corte di appello di Brescia per
ottenere il riconoscimento nella Repubblica
Italiana, ai sensi e per gli effetti di cui agli
artt. 65 e seguenti della legge n. 218 del 31
maggio 1995, dell'atto di presa in carica dei



minori e , omologato, in data 6 aprile 2005, dal Tribunale notarile di prima istanza di (Marocco).

2. ha esposto a sostegno della richiesta di riconoscimento i seguenti fatti. Egli è nato in Marocco (a Ouled Azzouz) il e vive in Italia (a , in provincia di Mantova), da più di venti anni, ove ha stabilito il proprio nucleo familiare composto dalla moglie , nata in Marocco il e dal figlio , nato l' . I coniugi hanno acquisito la cittadinanza italiana. Il fratello e la moglie , insieme ai figli e , nati rispettivamente il 5 maggio 1996 e il 12 agosto 2000, sono residenti in Marocco. In considerazione delle precarie condizioni economiche della famiglia del fratello e delle condizioni di stabilità economica acquisita in Italia da , che lavora come operaio presso la e dati gli ottimi rapporti fra le due famiglie, si era deciso che assumesse in carico i minori e mediante kafalah negoziale da sottoporre all'omologazione del tribunale competente secondo la legge del Marocco.

3. Il Tribunale di Khouribga, con ordinanza del 6 aprile 2005, ha omologato la kafalah convenzionale



di e , intervenuta con l'assenso dei genitori e dello zio dei minori. E' stata successivamente acquisita dalle autorità marocchine competenti l'autorizzazione all'espatrio dei minori per andare a risiedere in Italia, presso lo zio e , ove terminare il ciclo degli studi e sperimentare l'eventuale immissione nel mondo del lavoro.

4. A seguito di specifica richiesta di , nella sua qualità di kafil (affidatario) dei minori, il Consolato d'Italia a Casablanca ha negato il rilascio del visto di ingresso in Italia dei due minori, non ritenendo che gli stessi rientrassero nella categoria dei familiari legittimati al ricongiungimento ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. b del d.lgs. n. 30/2007.
5. La Corte di appello di Brescia ha disposto il mutamento del rito, da camerale a ordinario, e ha fissato l'udienza di prima comparizione delle parti, assegnando termine per la notifica del ricorso e del decreto.
6. Si è costituito in giudizio il Ministero degli Affari Esteri e ha eccepito l'inammissibilità del ricorso sul rilievo del difetto di interesse dell'istante al riconoscimento del provvedimento di affidamento in kafalah, in quanto inidoneo a permettere il rilascio del visto di ingresso in Italia dei minori. Ha ritenuto infatti la non applicabilità del T.U. immigrazione (decreto



legislativo n. 286 del 25 luglio 1998), e specificamente dell'art. 29, che consente la valorizzazione dell'istituto della kafalah ai fini del ricongiungimento familiare, ma solo nei confronti dei richiedenti cittadini extra-comunitari, e ha escluso la possibilità del ricongiungimento di un minore extra-comunitario affidato a un cittadino italiano in base a un atto di kafalah.

7. La Corte di appello di Brescia ha accolto, con sentenza n. 132/2012, la richiesta di riconoscimento rilevando che, nella specie, sono applicabili l'art. 2, comma 1, lett. b) n. 3, e l'art. 3, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 30/2007. Disposizioni che consentono di includere, fra i parenti aventi diritto al ricongiungimento, i minori a carico o conviventi con il richiedente e legati con quest'ultimo da vincolo parentale o legame familiare. La Corte distrettuale ha rilevato che il provvedimento di kafalah di cui si chiede il riconoscimento è compatibile con la normativa italiana in materia di affidamento e adozione di minori, che non prevede alcuna forma di disfavore verso gli affidamenti intra-familiari e non richiede provvedimenti giudiziari o amministrativi di autorizzazione in presenza del consenso dei genitori.

8. Ricorre per cassazione il Ministero degli Affari Esteri affidandosi a cinque motivi di



impugnazione: a) violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 64, 65, 66 e 67 della legge n. 218/1995; b) violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 64, 65, 66 e 67 della legge n. 218/1995, in combinato disposto con l'art. 35, comma 6 lett. d, della legge n. 184/1983; c) violazione e falsa applicazione del d.lgs n.30/2007 e in particolare degli articoli 1, 2, comma 2, 3, comma 2, lett. a) e 5; d) violazione e falsa applicazione dell'art. 20 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 ratificata con legge n. 176/1991 e dell'art. 2697 c.c.; e) insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio e cioè circa i presupposti necessari per il riconoscimento: la condizione di abbandono morale e materiale dei minori, la inidoneità dei genitori al mantenimento dei figli per una delle cause previste dalla Convenzione di New York del 1989, la effettività dell'esigenza dei minori di essere allontanati dal nucleo familiare, l'idoneità dell'affidatario alla custodia.

9. Si difende con controricorso e propone ricorso incidentale con il quale deduce la violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c. Lamenta il ricorrente incidentale che la Corte di appello non ha statuito sulle spese del giudizio.

Ritenuto che

Bianchi



10. La memoria difensiva è stata depositata tardivamente dal Ministero ricorrente e non può essere presa in considerazione.
11. Con il primo motivo di ricorso il Ministero degli Affari Esteri sostiene che erroneamente il giudice di merito ha ritenuto che ricorra, nella specie, l'ipotesi prevista dall'art. 67 della legge n. 218 del 1995, mentre avrebbe dovuto applicare l'art. 41 della stessa legge, intitolato al riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozione, secondo cui "restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori" (art. 41, comma 2, della legge n. 218/1995), con la conseguenza che, in questa materia, il procedimento da instaurare è quello di cui alla legge n. 476/1998 che disciplina l'adozione internazionale e non quello di cui agli artt. 64 e seguenti della legge n. 218/1995.
12. Il Ministero degli Affari Esteri ritiene che la domanda di delibazione doveva essere ritenuta inammissibile per incompetenza funzionale del giudice adito o comunque respinta perché il cittadino italiano che intenda inserire nella propria famiglia un minore straniero in stato di abbandono è vincolato al procedimento di adozione internazionale, non esistendo nell'ordinamento italiano alcun riconoscimento dell'affidamento



internazionale di minori e tanto meno dell'affidamento in regime di kafalah.

13. Il motivo deve ritenersi infondato laddove esclude l'applicabilità dell'art. 67 della legge n. 218 del 1995 al riconoscimento del provvedimento emesso in Marocco, che erroneamente viene ritenuto rientrante fra i provvedimenti di adozione e quindi soggetto alla disciplina sull'adozione internazionale.

14. L'Amministrazione ricorrente richiama il precedente della sentenza della Cassazione civile, sezione I, n. 1155 del 23 gennaio 2004, secondo cui la legge n. 218 del 1995, nell'abrogare (ex art. 73), a far data dal 31 dicembre 1996, gli artt. 796 ss. del codice di rito, dettati in tema di delibazione di sentenze straniere (sostituendo ad essi un riconoscimento "tendenzialmente" automatico di tali pronunce al loro passaggio in giudicato: artt. 64 ss. della legge citata), ha fatto salve, all'art. 41, le disposizioni delle leggi speciali in tema di adozioni di minori. Tale disposizione, predicando il perdurante vigore (e la prevalenza) della disciplina speciale dell'adozione internazionale di minori rispetto alle previsioni di carattere generale di cui alla riforma del diritto internazionale privato, comporta l'applicabilità della legge 31 dicembre 1998, n. 476 (recante ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori adottata



all'Aja il 29 maggio 1993), che ha radicalmente modificato la disciplina dell'adozione internazionale, sostituendo al procedimento di delibazione del provvedimento straniero dettato dall'art. 32 della legge 184/1983 una complessa procedura che si snoda in più fasi, analiticamente disciplinate dai novellati artt. 29 e ss., ed affida al tribunale per i minorenni i poteri previsti in dette norme, disponendo, tra l'altro, all'art. 36 primo comma, che l'adozione internazionale dei minori provenienti da Stati che hanno ratificato la Convenzione può avvenire "soltanto con le procedure e gli effetti previsti dalla presente legge".

15. Viene inoltre richiamato dal Ministero ricorrente il precedente conforme della ordinanza della Cassazione civile, sezione I, n. 5376 dell'11 marzo 2006 che ribadisce, anch'esso, il perdurante vigore e la prevalenza, rispetto alle previsioni di carattere generale di cui alla riforma del diritto internazionale privato, della disciplina speciale dell'adozione internazionale di minori di cui alla legge n. 184 del 1983, che, tra l'altro, prevede la competenza in materia del tribunale per i minorenni.

16. Entrambi i riferimenti non appaiono pertinenti. Come ha rilevato la Corte di appello, l'istituto giuridico della kafalah trova la propria origine nel divieto di adozione che



accomuna gli ordinamenti giuridici ispirati dall'insegnamento del Corano. Ritenere pertanto che a tale istituto possano applicarsi le norme in materia di adozione e specificamente quelle in materia di adozione internazionale significa negare pregiudizialmente il significato e la rilevanza dell'istituto della kafalah negli ordinamenti giuridici che la prevedono. L'art. 41 della legge n. 218 del 1995 è inteso a salvaguardare la specialità della materia dell'adozione internazionale rispetto al procedimento di delibazione ordinario proprio in ragione della specificità delle procedure che vedono coinvolte le autorità del paese di provenienza e del paese di adozione del minore. Procedure intese a garantire che l'adozione internazionale si realizzi con il rispetto degli standard fissati a livello internazionale dalla Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei bambini e per la cooperazione nell'adozione internazionale recepita in Italia con legge n. 476 del 31 dicembre 1998. La norma di cui all'art. 41 della legge n. 218/1995 non può essere invece letta come norma di chiusura rispetto alla possibilità di riconoscimento di qualsiasi altro istituto di protezione dei minori.

17. Per altro verso negare l'ammissibilità della domanda perché carente di interesse al fine dell'ottenimento del visto di ingresso in Italia



per i minori affidati in kafalah è una affermazione che contrasta con la giurisprudenza ormai consolidata di questa Corte (Cass. civ., Sezioni unite, n. 21108 del 16 settembre 2013, Cass. civ. sez. VI-1 sent. n. 6204 del 18 marzo 2014) secondo la quale non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di un minore cittadino extracomunitario, affidato a un 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 questo personalmente assistito.

18. Secondo la citata sentenza n. 21108/2013 delle Sezioni Unite non può seguirsi la tesi secondo cui il cittadino italiano che intenda inserire nella propria famiglia un minore straniero in stato di abbandono non avrebbe altra possibilità che quella di procedere all'adozione internazionale, ai sensi della L. n. 184 del 1983, in quanto in questa materia devono essere ribaditi due principi, già affermati esplicitamente nella sentenza della Corte di Cassazione n. 7472 del 2008. Il primo è che in ogni situazione nella quale venga in rilievo l'interesse del minore deve esserne assicurata la prevalenza sugli eventuali



interessi confliggenti. Tale principio viene espressamente affermato nell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 24 novembre 1989, ratificata con la L. 27 maggio 1991, n. 176 e viene ribadito dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000. Ma è anche desumibile dall'art. 2 e dall'art. 30 della Costituzione (ed è applicabile anche agli stranieri maggiorenni o minori, cfr. Corte cost. n. 199 del 1986; n. 203 del 1997 e n. 376 del 2000). Il principio deve trovare applicazione anche in materia di disciplina interna dell'immigrazione, come previsto dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 28, comma 3, secondo cui 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.

19. Le Sezioni Unite hanno, inoltre, richiamato il principio, basilare nel nostro diritto vivente, secondo cui nell'interpretazione delle norme primarie il giudice deve preferire quella conforme a Costituzione. Un'interpretazione delle norme del



D.Lgs. n. 30 del 2007 che escludesse in via assoluta la possibilità per il cittadino italiano di ottenere il ricongiungimento con minore extracomunitario affidatogli con provvedimento di kafalah farebbe sorgere lo stesso sospetto di illegittimità costituzionale, per contrasto con il principio di eguaglianza, derivante dalla disparità di trattamento nei confronti dei minori bisognosi di protezione, cittadini di paesi che vietano l'adozione per ragioni religiose. Un profilo di incostituzionalità questo che ha indotto la Corte di Cassazione a propendere per un'interpretazione estensiva del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 29, (sentenza n. 7472 del 2008 e successive conformi). Tale disparità di trattamento sarebbe aggravata da analoga disparità che deriverebbe in danno dei cittadini italiani (configurando una ipotesi di *discrimination à rebours*, cd. "discriminazione alla rovescia") rispetto ai cittadini stranieri ai quali sarebbe consentito il ricongiungimento con i minori affidati in kafalah. E ciò è apparso alle Sezioni Unite ancor meno giustificabile razionalmente, per il fatto che, potendo i cittadini italiani utilizzare lo strumento dell'adozione legittimante, ciò precluderebbe loro la possibilità, certamente meno incisiva, ma del pari non priva di utilità per i minori bisognosi, di offrire accoglienza e cure affettive.



20. Con il secondo motivo di ricorso il Ministero degli Affari Esteri afferma che il provvedimento di kafalah, a prescindere da ogni considerazione sulla sua natura, non costituisce atto delibabile in Italia perché contrario all'ordine pubblico nazionale, come risulta evidente dalla già richiamata sottrazione dell'adozione dal campo applicativo della legge n. 218/1995. L'assimilazione della kafalah all'affidamento piuttosto che all'adozione non può condurre - secondo il Ministero ricorrente - a una diversa conclusione dato che l'art. 35 comma 6 lett. d) della legge n. 184/1983 fa espresso riferimento all'adozione o all'affidamento di stranieri prevedendo che non può essere ordinata la trascrizione nei casi in cui l'adozione o l'affidamento stranieri non si sono realizzati tramite le autorità centrali e un ente autorizzato, circostanze che sono assolutamente carenti nel caso in esame. Quest'ultimo rilievo appare però fuorviante laddove fa riferimento al procedimento proprio dell'adozione internazionale e dell'affidamento strumentale ad essa che non può considerarsi applicabile alla kafalah.

21. Secondo il Ministero ricorrente nessuno dei requisiti richiesti dagli artt. 64 e 65 della legge n. 218/1995 ricorre comunque nel caso in esame dato che, in primo luogo, il giudice straniero non poteva conoscere il procedimento di



omologazione secondo i principi propri dell'ordinamento italiano. Il Tribunale che ha omologato in Marocco l'atto di presa in carico dei minori è un tribunale notarile, e non un tribunale con competenza sui minori, che ha applicato il diritto islamico e che non avrebbe applicato il diritto italiano sulle adozioni internazionali in applicazione del principio consuetudinario, proprio del diritto internazionale, della reciprocità, dato che in Marocco vige il divieto dell'adozione.

22. In secondo luogo l'istituto della kafalah, secondo l'Amministrazione ricorrente, è contrario all'ordine pubblico nazionale perché i cittadini che vogliono inserire un minore straniero nella loro famiglia devono utilizzare gli strumenti tassativamente previsti dalla legge n. 184/1983 e tale normativa deve considerarsi integrativa dell'ordine pubblico. Inoltre il provvedimento di kafalah deve considerarsi ineseguibile in Italia perché non attribuisce al minore alcuno status legittimante (il minore non potrebbe acquisire il nome del kafil, lo stato civile di figlio, i diritti successori nei confronti del kafil) e determina una posizione pregiudizievole rispetto ai figli appartenenti al nucleo familiare.

23. I due profili, in cui si articola il motivo di ricorso, confermano che il Ministero prescinde dalla considerazione dell'istituto della kafalah



in quanto strumento peculiare del mondo islamico, e, nella specie, dell'ordinamento del Regno del Marocco, sovrapponendo ad esso lo schema dell'adozione internazionale come unica forma di accoglienza di un minore extracomunitario nella famiglia di un cittadino italiano, ma finendo così per non valutare - come richiesto invece dalla citata sentenza delle Sezioni Unite del 2013 - l'idoneità in astratto e in concreto della kafalah a realizzare, nel superiore interesse del minore, la sua protezione in un contesto giuridico e culturale diverso da quello italiano e che non consente di rispondere alle esigenze di protezione del minore attraverso l'istituto dell'adozione.

24. Inoltre la tesi della non riconoscibilità della kafalah nell'ordinamento italiano, come conseguenza della necessarietà ed esclusività del ricorso all'adozione internazionale, in quanto unico mezzo di protezione del minore considerabile conforme al suo interesse superiore, appare in contrasto con la partecipazione dell'Italia alle convenzioni, in materia di protezione dei minori, concluse su impulso di organismi sovranazionali, quali l'Organizzazione delle Nazioni Unite e la Conferenza di Diritto Internazionale Privato e L'Aja, e che hanno sancito il riconoscimento della kafalah come istituto idoneo a garantire la protezione del minore. Si tratta, non da ultimo, di una tesi in contrasto con gli strumenti di



uniformazione e armonizzazione del diritto internazionale privato e di cooperazione giudiziaria civile adottati dall'Unione Europea a partire e come conseguenza del Trattato di Amsterdam.

25. L'esigenza di una adeguata protezione dei minori è particolarmente sentita dalla comunità internazionale che è chiamata alla cooperazione in questo campo dall'art. 20 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, sottoscritta il 20 novembre 1989 e resa esecutiva in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176, dove si afferma, al comma 1, che ogni fanciullo, temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare, ovvero che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato e si dispone che gli Stati contraenti debbono prevedere una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale. Al terzo comma dell'art. 20 della Convenzione di New York si precisa che tale protezione sostitutiva può concretizzarsi per mezzo dell'affidamento familiare, della kafalah, dell'adozione o in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, la norma prevede che si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del



fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica.

26. La Convenzione de L'Aja sulla protezione internazionale dei minori del 19 ottobre 1996 prevede (all'art. 3 lett. e) che il collocamento di un minore in una famiglia di accoglienza tramite kafalah è una delle misure riconosciute di protezione dei minori oggetto della disciplina convenzionale e (all'art. 33) indica i principi cui conformare il procedimento per l'attribuzione di effetti giuridici negli ordinamenti diversi da quelli in cui il provvedimento di affidamento è disposto.
27. Deve quindi escludersi che la pretesa esclusività della adozione internazionale, come misura di protezione dei minori stranieri in stato di abbandono o bisognosi di tutela, derivi da una scelta adottata dagli organismi sovranazionali di cui l'Italia è parte dato che, al contrario, in queste sedi la cooperazione e il dialogo fra i sistemi nazionali sono indicati come gli strumenti idonei a perseguire l'obiettivo della protezione internazionale del minore, e quello di impedire, per quanto possibile, i conflitti fra i sistemi giuridici nazionali in materia di competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle misure di protezione.
28. Né può ritenersi che l'Italia non sia tenuta all'applicazione di quest'ultima convenzione in



ragione della sua mancata ratifica. Alla sottoscrizione di tale convenzione l'Italia è tenuta (e lo ha fatto nel 2003), nel quadro della sua partecipazione all'Unione europea, in forza della decisione n. 2003/93/CE del Consiglio del 19 dicembre 2002 secondo cui la convenzione concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di potestà genitoriale e di misure di protezione dei minori, conclusa il 19 ottobre 1996 nel contesto della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, apporta un valido contributo alla protezione dei minori a livello internazionale ed è pertanto auspicabile che le sue disposizioni siano applicate al più presto. Tale decisione, all'art. 3, dispone che gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie affinché la convenzione sia firmata anteriormente al 10 giugno 2003.

29. L'Italia è inoltre tenuta al recepimento di tale convenzione nel proprio ordinamento interno in forza della successiva e correlata decisione del Consiglio n. 2008/431/CE del 5 giugno 2008 con la quale, all'art. 3, si dispone che gli Stati membri di cui all'articolo 1, paragrafo 1 (fra cui è ricompresa l'Italia) che non hanno ancora ratificato la convenzione prendano le disposizioni necessarie affinché gli strumenti di ratifica o di adesione siano depositati simultaneamente presso



il Ministero degli Affari esteri del Regno dei Paesi Bassi, se possibile anteriormente al 5 giugno 2010.

30. Anche le censure che attengono alla radicale disomogeneità della competenza giurisdizionale e alla inadeguatezza dell'istituto ad attribuire al minore status e diritti connessi inderogabilmente dal diritto italiano all'ingresso nel nucleo familiare appaiono non pertinenti. La letteratura giuridica e sociologica sulla kafalah è ormai ampia nel nostro paese. La kafalah è un istituto relativamente recente, diffuso specificamente nell'area nord-africana, che non può essere correttamente ritenuto di diritto islamico, ma vigente in paesi in cui la religione musulmana ha un impatto assolutamente preponderante nel tessuto sociale e dove quindi assume un peso decisivo, per ciò che concerne la protezione dell'infanzia, il già citato divieto di adozione derivante dall'insegnamento morale del Corano. Questo istituto ha lo scopo di fornire protezione e assistenza ai minori abbandonati, o che non sono in grado di ricevere dalle loro famiglie d'origine l'assistenza e la cura necessarie alla loro crescita, assicurando una tutela sostitutiva che è però inidonea a creare un rapporto di filiazione e che per molti aspetti può avvicinarsi all'affidamento. L'istituto offre una protezione di carattere sociale che intende supplire al venir



meno del ruolo svolto in precedenza dalla famiglia patriarcale anche se il carattere intra-familiare caratterizza prevalentemente la kafalah negoziale. L'accordo fra la famiglia di origine e quella di accoglienza avviene infatti prevalentemente nel quadro della famiglia allargata e tende a responsabilizzare nei confronti dei minori le figure parentali che possono, per la loro posizione economica e per la disponibilità e capacità di fornire una cura ed educazione adeguata, contribuire in modo positivo alla loro crescita supplendo alle insufficienze del contesto familiare. A fronte di questo carattere di tutela sostitutiva e integrativa sta l'inidoneità della kafalah a recidere il legame del makfoul con i propri genitori, legame che durerà per tutta la vita e potrà riassumere la pienezza delle funzioni anche prima del compimento della maggiore età nel caso in cui vengano meno le ragioni di inadeguatezza del nucleo familiare originario. Per esempio nel caso in cui esso riacquisti una condizione di autosufficienza economica. Al corretto funzionamento dell'istituto secondo le finalità descritte è deputato il controllo amministrativo e/o giudiziario che si esprime: nell'omologazione dell'accordo, nel permanere del potere di vigilanza sullo svolgimento della relazione, nella necessità dell'autorizzazione all'espatrio nel caso in cui il kafil risieda o



intenda risiedere all'estero insieme al makfoul, nella possibilità di revoca dell'omologa. Peraltro la possibilità di attribuire il nome e la qualità di erede non è preclusa in tutte le legislazioni sulla kafalah e in particolare da quella marocchina. Per ciò che concerne la natura non formale del controllo sulla kafalah convenzionale non deve, per altro verso, indurre in errore la integrazione giuridica derivante dall'intervento notarile o da una figura come quella del tribunale notarile. Né può rilevare in senso sfavorevole il ruolo dell'autorità amministrativa rispetto a quella giudiziaria perché la finalità e la funzionalità del controllo delineata dalla legislazione marocchina è proprio quella del rispetto delle finalità della kafalah come strumento di protezione e di crescita del minore e della verifica della prevalenza del suo interesse e dell'idoneità del kafil a svolgere la sua funzione. Del resto il riconoscimento della kafalah come strumento idoneo di protezione dei minori, negli strumenti normativi sovranazionali e specificamente nella Convenzione de L'Aja del 1996, è fondato anche sulla centralità del controllo pubblico su tutte le fasi del rapporto di affidamento, ma non interviene sul potere degli Stati contraenti di affidarlo in misura più o meno larga all'autorità giurisdizionale o a quella amministrativa.



31. Se questa è dunque la fisiologia dell'istituto della kafalah nel diritto marocchino, non esistono in astratto ragioni per ritenere che esso contrasti con l'ordine pubblico italiano. Né questa affermazione può essere ristretta alla kafalah cd. giudiziale rispetto a quella negoziale. Data infatti la natura non rescissoria del legame familiare originario, propria in generale dell'istituto della kafalah, non appare confliggente con l'interesse superiore del minore e con il suo diritto a vivere nella famiglia di origine la possibilità, che è propria della kafalah negoziale, che i genitori del minore, consapevoli della insufficienza dell'assistenza materiale e morale che possono garantire al proprio figlio, concordino, con persone che generalmente appartengono al contesto familiare e che siano disposte a fornire la loro assistenza e cura sostitutiva, le forme di una presa in carico, di una assunzione di responsabilità che sia diretta a integrare la protezione e il sostegno alla crescita del minore. Quello che non appare compatibile con l'ordine pubblico italiano è che tale figura di kafalah possa essere riconosciuta senza che vi sia un ruolo di controllo pubblico ab origine e permanente sulla conformità dell'accordo all'interesse superiore del minore. Tale controllo deve consistere in primo luogo nel positivo



riscontro della idoneità potenziale dell'accordo a operare nell'interesse del minore, affiancando alle figure genitoriali quella del kafil che, con l'atto di kafalah e con la sua omologazione, assume, anche nei confronti dello Stato, la responsabilità di fornire l'assistenza e la cura che il nucleo familiare originario non è in grado di offrire. Il controllo affidato alle autorità pubbliche deve consistere anche nella successiva valutazione dell'effettiva presa in carico delle esigenze del minore e della effettiva idoneità del kafil a fornire quella tutela sostitutiva chiamata a supplire alle carenze del contesto familiare originario. Queste condizioni sono garantite in astratto dalla legislazione marocchina che prevede e impone tale livello di controllo intervenendo anche su una scelta come quella di risiedere all'estero presso il kafil che è destinata ad accrescere la distanza, almeno quella fisica, dal nucleo familiare.

32. Infine non appare pertinente il riferimento al principio di reciprocità, perché è proprio la peculiarità della materia della responsabilità genitoriale e della protezione dei minori che registra nei diversi ordinamenti profonde differenze normative, espressione di stratificazioni culturali radicate nei secoli, ad attribuire una competenza sovrana agli Stati e, nello stesso tempo, a imporre, in un mondo sempre



più interconnesso e globale, un principio di cooperazione fra gli Stati che sia idoneo a far operare la protezione del minore anche a livello internazionale.

33. Con il terzo motivo di ricorso il Ministero degli Affari Esteri deduce la violazione delle sopra citate disposizioni, in materia di ricongiungimento familiare, perché l'art. 29 comma 5 del d.lgs. n. 286/1998 deve essere interpretato nel senso che i familiari di cittadini italiani con i quali è possibile effettuare il ricongiungimento possono essere solo quelli individuabili in via esclusiva in base al d.lgs. n. 30/2007 e perché la nozione di familiare di cui agli artt. 2 comma 3, 3 comma 2 lett. a) del d.lgs n. 30/2007 deve interpretarsi nel senso di ricomprendersi solo il minore extra-comunitario o discendente diretto di un cittadino italiano ovvero adottato o affiliato o con questi convivente in Italia.

34. Conseguentemente, secondo il Ministero ricorrente, ha errato la Corte di appello di Brescia perché ha considerato familiare di un cittadino italiano un minore extra-comunitario non discendente diretto, né adottato, né affiliato, né convivente in Italia o nel paese di origine del richiedente, ma preso in carico da un cittadino italiano, residente in Italia, con l'atto di kafalah. Vale a dire in base a un istituto che



rispetto al cittadino e al diritto nazionale è del tutto privo di effetti giuridici perché, come già affermato a sostegno dei precedenti motivi, l'ordinamento italiano prevede una serie di istituti diretti all'inserimento del minore straniero in una famiglia italiana che devono considerarsi esclusivi e inderogabili. Secondo il Ministero ricorrente non è possibile applicare a un cittadino italiano, ai fini di cui all'art. 29 comma 5, un istituto di diritto islamico in quanto ciò significherebbe attribuire al diritto islamico il rango di fonte di normazione primaria e di valore superiore al diritto nazionale che subordina l'ingresso del minore straniero alla procedura di adozione internazionale, normativa che potrebbe essere elusa, ricorrendo alla kafalah, da parte dei cittadini italiani di fede islamica e rimanere vincolante per gli altri di fede religiosa diversa, con disastrose conseguenze in punto di certezza del diritto e di rispetto del principio di uguaglianza.

35. Il motivo deve ritenersi infondato per una serie di ragioni che in parte sono già state esposte in quanto, anche con questo motivo, il Ministero sovrappone la disciplina dell'adozione a quella di un istituto estraneo al nostro ordinamento, ma che non per questa estraneità deve essere disconosciuto se si verifica la sua compatibilità con l'interesse superiore dei minori



a una adeguata assistenza e cura, nel contesto della cooperazione degli Stati finalizzata a realizzare la protezione internazionale dei minori.

36. Nel caso in esame appare preminente la valutazione compiuta dalla Corte di appello del legame di parentela già esistente fra [redacted] e i figli minori, [redacted] e [redacted], di suo fratello [redacted]. Tale constatazione esime da una interpretazione estensiva del concetto di familiare legittimante il cittadino italiano a richiedere il ricongiungimento familiare, in base alle disposizioni del decreto legislativo n. 30 del 2007 e alla normativa europea di cui il decreto legislativo costituisce il recepimento. Costituirebbe pertanto una indebita estensione del compito interpretativo affidato a questa Corte dalla presente controversia discutere della corretta interpretazione della norme di cui agli artt. 2 e 3 del citato decreto legislativo n. 30 ovvero dell'applicabilità della normativa in tema di immigrazione anche al ricongiungimento dei minori stranieri con cittadini italiani.

37. La più volte citata sentenza delle Sezioni Unite n. 21108 del 2013 ha ritenuto che il minore straniero, affidato a cittadino italiano con provvedimento di kafalah, può rientrare fra "gli altri familiari", di cui all'art. 3 comma 2,



lettera a), per i quali il cittadino italiano residente in Italia (o il cittadino dell'Unione europea soggiornante in Italia a titolo principale) può chiedere il ricongiungimento, se il minore è a suo carico ovvero se è convivente nel paese di provenienza o ancora se gravi motivi di salute ne impongano l'assistenza personale. A tale conclusione le Sezioni Unite sono pervenute partendo da una asserzione pregiudiziale che non può non essere riconosciuta decisiva anche nel caso in esame. Il diritto al ricongiungimento familiare trae fondamento nel riconoscimento del diritto fondamentale del minore all'unità familiare. Ciò rende impraticabile una interpretazione normativa che discrimini i cittadini italiani da quelli extra-europei e tanto più una tale interpretazione appare illogica se comporta un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani. Da parte del Ministero ricorrente si fa rilevare però che si dà in questo modo valore di fonte produttiva di effetti giuridici nel nostro ordinamento a un istituto di diritto islamico il cui accesso è precluso ai cittadini italiani non di fede musulmana e che potrebbe essere utilizzato dai cittadini che, magari strumentalmente, professano la fede musulmana per eludere la normativa inderogabile sull'adozione internazionale.



38. Quest'ultimo argomento è già stato contestato efficacemente dalla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite laddove si afferma che la contrarietà o l'elusione della disciplina sull'adozione internazionale sarebbe ipotizzabile se dalla kafalah si volessero far derivare effetti identici o analoghi a quelli dell'adozione, ma non se si attribuisce al provvedimento di kafalah, nel rispetto della disciplina vigente nel paese di provenienza, la funzione di giustificare l'attività di cura materiale e affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale.

39. Per quanto riguarda la dedotta discriminazione per ragioni di fede religiosa deve rilevarsi che una volta riconosciuta, ai fini della delibazione, la compatibilità dell'istituto della kafalah con l'ordinamento italiano, e la sua applicazione corretta nel caso concreto, non si pone in essere alcuna discriminazione per ragioni religiose. Semmai con tale istituto si garantisce a chiunque professi la fede musulmana di esercitare una forma di protezione nei confronti di un minore, rispetto al quale è disposto ed è idoneo a esercitare un ruolo di protezione, assistenza e cura affettiva, in armonia con i precetti della propria religione. Sarebbe invece discriminatorio, e il caso in esame appare emblematico al riguardo, che a un cittadino



marocchino, venuto a risiedere in Italia e che ha acquisito la cittadinanza italiana, in ragione della durata della sua permanenza nel territorio nazionale e del suo inserimento nella società italiana, sia precluso tale diritto come effetto della acquisizione della cittadinanza. Invece che un ampliamento dei diritti l'acquisizione della cittadinanza verrebbe a determinare una rescissione, palesemente contraria ai principi fondamentali della nostra Costituzione, del legame di chi è venuto a vivere stabilmente in Italia sino a diventare cittadino del nostro paese, con la cultura e la fede religiosa del suo paese di origine.

40. Né un profilo discriminatorio può essere considerato rilevante, ai fini del presente giudizio, se riguardato dalla diversa prospettiva della prescrizione normativa vigente in Marocco per cui sono ammesse alla kafalah solo le coppie sposate da tre anni di religione musulmana (mentre per le coppie straniere è richiesta la prova di aver aderito alla religione musulmana). Seppure tale normativa pone, nell'ottica del nostro ordinamento, profili problematici rispetto alla laicità dello Stato e al principio di uguaglianza e non discriminazione dei cittadini, tali profili non possono costituire oggetto di valutazione in un giudizio di delibazione di un atto che è stato adottato e omologato in un altro paese aderente

Bisop



alla Convenzione de L'Aja del 1996 e che consente la protezione di un minore conformemente alle convinzioni religiose dei soggetti che l'hanno posto in essere. Una diversa valutazione comporterebbe semmai l'imposizione di una ulteriore discriminazione a carattere ritorsivo che è del tutto incompatibile sia con la nostra Costituzione che con l'adesione dell'Italia alle convenzioni internazionali dirette a far operare la cooperazione fra gli Stati contraenti al fine di realizzare una protezione dei minori anche al di fuori dei confini nazionali. Per altro verso la via della ratifica della Convenzione de L'Aja del 1996 sembra essere quella prescelta dal legislatore italiano (si veda il disegno di legge presentato dai Ministri degli Affari Esteri, della Giustizia e per l'Integrazione di concerto con i Ministri dell'Interno, dell'Economia e delle Finanze, del Lavoro e delle Politiche Sociali e per gli Affari Europei, approvato dalla Camera dei Deputati il 25 giugno 2014 e trasmesso dal Presidente della Camera dei Deputati alla Presidenza del Senato il 1 luglio 2014, atti parlamentari Senato della Repubblica n. 1552).

41. Con il quarto motivo di ricorso il Ministero ricorrente deduce che la kafalah di cui alla presente controversia non è conforme al modello legale delineato dalla Convenzione di New York per la mancanza dello stato di abbandono del minore.



La ricorrenza di tale elemento costitutivo della protezione riconosciuto in sede internazionale non è stata valutata dalla Corte di appello che è venuta così meno al compito di vagliare in concreto l'interesse del minore. Valutazione da effettuare con particolare rigore al fine di accertare i motivi che richiedono l'allontanamento del minore dai suoi genitori.

42. L'interpretazione che il Ministero ricorrente dà della Convenzione di New York non può essere condivisa. Non vi è alcun disconoscimento pregiudiziale in tale convenzione della kafalah convenzionale, mentre vi è un riconoscimento di questo istituto come forma sostitutiva di protezione rispetto all'ambiente familiare qualora il minore ne sia, temporaneamente o definitivamente, privato o ne debba essere allontanato nel suo proprio interesse. La Convenzione si riferisce, legittimandola, alla kafalah destinata ad operare in situazione di abbandono o grave disagio del minore nel suo ambiente familiare. Questo non significa però che l'istituto della kafalah convenzionale, soggetta sempre, per ciò che concerne il Marocco, a un controllo pubblico, sia un istituto incompatibile o incoerente con i principi della Convenzione di New York. Va rilevato a questo proposito che, da un lato, la Convenzione ONU pone una serie di principi minimi e una serie di obiettivi cui



ispirare la legislazione e l'azione dei poteri pubblici in materia di protezione dell'infanzia ma non costituisce, come è ovvio, uno strumento normativo esaustivo al cui raffronto ci si possa riferire per legittimare o meno un istituto di diritto familiare a seconda della sua previsione o meno all'interno della convenzione stessa. Piuttosto il raffronto deve essere effettuato con i principi fondamentali della Convenzione e prima di tutti con quello dell'interesse superiore del minore che richiede una valutazione in concreto delle norme, della loro attuazione, delle prassi, degli atti pubblici e privati che concernono il minore. Come pure un raffronto deve essere effettuato con il diritto del minore alla vita familiare e a vivere e crescere nella propria famiglia di origine (art. 8 della C.E.D.U.). Questo principio non è affatto in conflitto con la kafalah cd. negoziale, il cui presupposto non è una situazione di abbandono del minore ma di difficoltà o inadeguatezza dell'ambiente familiare originario. La funzione di questo istituto, come si è detto, è quella di sostenere la famiglia di origine aiutandola dall'esterno mediante un rapporto di corresponsabilizzazione di una figura tutelare che non cancelli il rapporto di filiazione né comporti necessariamente l'allontanamento del minore dalla sua famiglia di origine se non sia stato verificato il suo



interesse in tal senso. Ciò si realizza tipicamente quando vi sia una distanza fisica, un confine nazionale, fra il kafil e il makfoul che continua a vivere nella propria famiglia di origine con il sostegno economico del kafil. Né una situazione di abbandono presuppone il ricongiungimento con il kafil che viva all'estero come nel caso in esame. Vi è in tali casi una valutazione sull'opportunità e l'interesse per il minore a compiere tale ricongiungimento, valutazione che non si riferisce all'accertamento di una sua situazione di abbandono ma alla possibilità di vivere in una situazione più favorevole alla sua crescita. Inoltre tale possibilità presuppone una valutazione favorevole dei genitori, dell'autorità marocchina e di quella italiana, chiamate ad autorizzare l'allontanamento o l'ingresso nei rispettivi territori nazionali, oltre che l'acquisizione del punto di vista del minore stesso in relazione alla sua maturità di valutazione. In questa prospettiva, che non è ignota alla cultura familiare del nostro paese e di molti paesi occidentali, l'affidamento intra-familiare non può essere considerato una forma di denegazione del diritto alla vita familiare e a vivere nella propria famiglia di origine ma piuttosto un allargamento della protezione familiare inteso a far godere al minore migliori opportunità di crescita e migliori condizioni di



vita salvaguardando il rapporto con i genitori e la famiglia di origine. Seppure quindi la kafalah negoziale non presuppone una situazione di abbandono del minore, non è dato ravvisarne una contrarietà ai principi fondamentali della Convenzione di New York, della C.E.D.U. e della stessa Convenzione de L'Aja del 1996, che prevede un dialogo, finalizzato a una decisione condivisa, fra le autorità del paese di provenienza e di accoglienza del minore. Decisione da adottare alla luce del criterio del preminente interesse del minore.

43. Con il quinto motivo di ricorso il Ministero riferisce la censura di insufficiente motivazione alla mancata valutazione, da parte della Corte di appello bresciana, dell'eccezione relativa alla insussistenza di un controllo, da parte dell'autorità omologante, volto ad accertare lo stato di abbandono e l'idoneità della parte attrice a farsi carico del minore, e specificamente della complessità delle sue esigenze di crescita, educazione e accudimento morale e materiale. Secondo il Ministero la Corte di appello si è limitata a rilevare il carattere consensuale e interfamiliare dell'affidamento realizzato con il ricorso alla cosiddetta kafalah negoziale in quanto corrispondente alla prassi e idoneo a porre una condizione di equivalenza con la cd. kafalah pubblicistica. Tale equazione deve



considerarsi illogica secondo il Ministero ricorrente e contrastante con la stessa normativa marocchina (dahir n. 1-02-172 del 13 giugno 2002 n. 15-01, art. 1 comma 4), che ben definisce le condizioni per ritenere una situazione di abbandono del minore o comunque di inidoneità dei genitori tale da rendere opportuna e praticabile la protezione sostitutiva realizzabile attraverso la kafalah.

44. Il motivo di ricorso appare infondato. Sull'accertamento delle condizioni di abbandono si è già detto con riferimento al precedente motivo di ricorso. Non può condividersi la censura di insufficiente motivazione basata sull'apoditticità del rilievo che la Corte di appello avrebbe compiuto della natura consensuale della kafalah e del connotato inter-familiare dell'affidamento. Tale rilievo non è affatto privo di contenuto perché è apparso alla Corte di appello implicitamente indicativo della partecipazione consapevole e condivisa da parte della famiglia di origine alla stipulazione dell'atto di kafalah sul presupposto dell'insufficienza delle risorse economiche a disposizione di [redacted] e della sua famiglia, e quindi della utilità di un coinvolgimento non occasionale del fratello al sostegno economico necessario alla crescita dei suoi due nipoti [redacted] e [redacted]. In base a una considerazione ex post l'atto di kafalah è



apparso anche conforme all'interesse dei minori nella eventuale e futura prospettiva, che si è concretizzata al momento del raggiungimento dell'età dell'adolescenza, del trasferimento dei minori in Italia presso il proprio zio e kafil . Tale ricongiungimento è stato ritenuto presuntivamente idoneo a realizzare l'apertura a un nuovo contesto nazionale, sociale e culturale, sicuramente stimolante e non eccessivamente impegnativo per i minori, anche perché vissuto all'interno di un contesto familiare allargato portatore di valori e identità comuni alla famiglia di origine. La Corte di appello ha descritto dettagliatamente lo svolgimento del rapporto di kafalah, omologato nell'aprile del 2005, quando i minori stavano per compiere 9 e 5 anni, e che è proseguito per oltre cinque anni con l'assunzione del compito di sostegno economico in favore della famiglia di origine dei minori da parte di Nel 2011, anno in cui è stata presentata la domanda di delibazione della sentenza del 6 aprile 2005 di omologazione della kafalah, i minori si apprestavano a compiere rispettivamente 15 e 11 anni. Questi dati di fatto, per quanto si è detto, attestano logicamente una ponderazione da parte dell'autorità di controllo, che la Corte di appello ha ritenuto adeguata, circa le potenzialità e le controindicazioni derivanti



dalla possibilità di un futuro allontanamento provvisorio dei minori dal nucleo familiare di origine. Quanto all'idoneità al compito di protezione, assistenza e cura dei minori da parte di _____ e della sua famiglia, esso è stato valutato positivamente in base alla constatazione di una serie di circostanze richiamate dalla Corte di appello e consistenti nella residenza ultraventennale in Italia da parte dei coniugi _____, nello svolgimento di un rapporto lavorativo che ha consentito alla famiglia di vivere in condizioni economicamente soddisfacenti, nella presenza nel nucleo familiare di accoglienza di un cugino dell'età di quasi 6 anni, nell'integrazione della famiglia di _____

_____ nella società italiana, con l'acquisizione da parte di entrambi i coniugi della cittadinanza italiana, nel consenso ribadito dai genitori con le domande di visto di ingresso in Italia. Tali circostanze hanno indotto la Corte di appello a ritenere integrato l'interesse dei minori al riconoscimento dell'atto di kafalah in Italia anche in vista del loro ingresso nel nostro paese per trascorrere l'età dell'adolescenza presso la famiglia dello zio e kafil

.. A fronte di questa motivazione, che emerge anche implicitamente dalla descrizione dei fatti rilevanti per il giudizio di delibazione, le censure del Ministero ricorrente appaiono prive di



specificità e non indicative di omissioni o illogicità o carenze motivazionali a carico della sentenza impugnata.

45. Il ricorso va pertanto respinto mentre va accolto il ricorso incidentale, atteso che la Corte di appello non ha pronunciato in merito alle spese processuali.

46. I contrasti giurisprudenziali esistenti in una materia di per sé di difficile valutazione, attesa l'assenza di una normativa nazionale specifica e il recente formarsi di un indirizzo consolidato, peraltro non esteso a tutte le questioni oggetto del giudizio, inducono a compensare le spese del giudizio di merito e di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale, accoglie l'incidentale e, decidendo nel merito, compensa le spese del giudizio davanti alla Corte di appello di Brescia. Compensa le spese del giudizio di cassazione. Dispone che in caso di diffusione della presente sentenza siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi a norma dell'art. 52 del decreto legislativo n. 196/2003.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 26 settembre 2014.



Il Giudice rel.

Giacinto Bisogni

Giacinto Bisogni

Il Presidente

Maria Gabriella Luccioli

Maria Gabriella Luccioli



Il Funzionario Giudiziario
Arnaldo CASANO

Arnaldo Casano

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Oggi 2 FEB. 2015

Il Funzionario Giudiziario
Arnaldo CASANO

Arnaldo Casano