

25310.20

~~Il caso di diffusione del~~  
~~presente provvedimento~~  
~~omettere le generalità e~~  
~~gli altri dati identificativi,~~  
a norma dell'art. 52  
d.lgs. 196/03 in quanto:  
 disposto d'ufficio  
 a richiesta di parte  
 imposto dalla legge



25310.20

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

UMBERTO LUIGI CESARE	Presidente
GIUSEPPE SCOTTI	
FRANCESCO TERRUSI	Consigliere - Rel.
ALBERTO PAZZI	Consigliere
GIUSEPPINA ANNA ROSARIA	Consigliere
PACILLI	
LUNELLA CARADONNA	Consigliere

IMMIGRAZIONE -  
visto per  
ricongiungimento  
familiare -  
"kafalah" atipica

Ud. 14/10/2020 PU  
Cron. 25310  
R.G.N. 33922/2018

**SENTENZA**

sul ricorso 33922/2018 proposto da:

(omissis) , in persona del Ministro pro tempore,  
nonché (omissis) , 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

(omissis)

- intimato -

3599  
2020

1

avverso la sentenza n. 813/2018 della CORTE D'APPELLO di (omissis), depositata il 16/05/2018;  
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 14/10/2020 dal cons. TERRUSI FRANCESCO;  
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale CERONI FRANCESCA, che ha concluso per il rigetto del ricorso;  
udito per i ricorrenti l'avvocato generale dello Stato (omissis) , che ha concluso per l'accoglimento.

### **Fatti di causa**

La corte d'appello di (omissis) ha respinto il gravame del (omissis) e del (omissis) contro l'ordinanza con la quale il tribunale della stessa città aveva annullato il diniego del visto dell'ambasciata italiana a Islamabad per il ricongiungimento familiare di (omissis), già titolare di permesso per asilo politico, col proprio fratello minore (omissis) (omissis), 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).

### **Ragioni della decisione**

I. - Con l'unico mezzo l'avvocatura denuncia la violazione o falsa applicazione degli artt. 9 della l. n. 184 del 1983 e 29 del t.u. imm. perché 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 (omissis) ha confermato la decisione di primo grado sulla base di due considerazioni: (i) perché 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) perché 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 dell'art. 9 della l. n. 184 del 1983, cosicché 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", poiché 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, poiché 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, benché 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". Dopodiché la norma al secondo comma 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, secondo comma, 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 cod. proc. civ. 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 dagli artt. 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 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, terzo comma, 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 dell'art. 29, secondo comma, d.lgs. n. 286 del 1998 (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 pubblicitici (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. - Senonché 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, terzo comma, 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 omesso 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, poiché 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 (giacché 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. Cosicché 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, rinnoverà l'esame uniformandosi ai principi esposti.

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

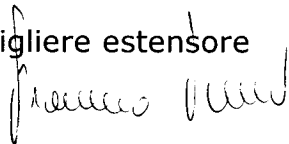
p.q.m.

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

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

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, addì 14 ottobre 2020.

Il Consigliere estensore



Il Presidente

