

Svolgimento del processo

OMISSIS, ha lavorato fin dal 1987 come ingegnere di una società di costruzioni in diversi paesi africani. Dopo alcuni periodi di saltuaria permanenza in Marocco, insieme alla moglie e alla figlia attualmente sedicenne, nel 2006 si è stabilito a Rabat, iscrivendosi all'AIRE. Nel 2007 il OMISSIS e la sua famiglia, che in precedenza avevano promosso molteplici iniziative in favore dell'infanzia abbandonata, hanno maturato la decisione di offrire la propria disponibilità ad accogliere un minore in stato d'abbandono, nel rispetto della legislazione marocchina che prevede un'attenta selezione delle famiglie disponibili e l'inserimento di quelle ritenute idonee in un elenco nazionale. Nel settembre del 2008 ha accettato di prendere in affidamento, insieme con la moglie, il minore XXX, abbandonato dai genitori alla nascita.

Il provvedimento giudiziale di affidamento del minore in *kafalah* è stato pronunciato il 16 novembre del 2009 dal tribunale di Tangeri che, con successivo provvedimento del 19 gennaio 2010, ha autorizzato i coniugi affidatari a richiedere il passaporto del minore e a lasciare il territorio marocchino, dovendo il OMISSIS trasferirsi in Kazakistan per ragioni di lavoro e avendo deciso che la famiglia facesse ritorno in Italia. Pertanto è stato richiesto al Consolato d'Italia a Casablanca, per conto del minore, il visto d'ingresso per ricongiungimento familiare ma, con provvedimento del 4 febbraio 2010, il visto è stato rifiutato con il rilievo che l'istituto della *kafalah*, non essendo assimilabile all'adozione, non era idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda e che, comunque, il minore non avrebbe convissuto con gli affidatari e il tribunale di Tangeri non ne avrebbe autorizzato l'espatrio.

Avverso il diniego di nulla osta OMISSIS ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 30 del d.lgs del 25 luglio 1998, n. 286, al tribunale di Tivoli che, con decreto del 22 giugno 2010, lo ha accolto e, disapplicato il provvedimento impugnato, ha ordinato all'Autorità consolare di rilasciare il visto. Il tribunale, accertato che il minore fin dai primi giorni di vita aveva convissuto con la famiglia del OMISSIS e che il tribunale marocchino aveva rilasciato l'autorizzazione all'espatrio, ha ritenuto, in applicazione analogica dell'art. 3, 2° comma del d.lgs del 6 febbraio 2007, n. 30, che la *kafalah*

del minore marocchino da parte di cittadino italiano fosse idonea a giustificare il ricongiungimento familiare.

Con decreto del 31 gennaio 2011 la corte d'appello di Roma, accogliendo il reclamo proposto dal Ministero degli esteri e dal Consolato d'Italia di Casablanca, ha integralmente riformato il provvedimento di primo grado. La corte territoriale, richiamando la sentenza del 1° marzo 2010 n. 4868 di questa Corte, ha affermato che alla fattispecie non era applicabile l'art. 28 del d.lgs n. 286/1998, ma l'art. 2 (e l'art. 3) del d.lgs. n. 30 del 2007; che la richiesta di visto costituiva un tentativo di sostanziale aggiramento della disciplina nazionale dell'adozione internazionale, che prevede un rigoroso accertamento dei requisiti d'idoneità dei genitori affidatari; che, peraltro, l'adozione internazionale secondo la legge italiana non avrebbe potuto essere pronunciata perché la legge marocchina non prevede l'adozione piena e non esiste in proposito un accordo bilaterale tra Italia e Marocco; che il minore non poteva ritenersi in affidamento familiare e che, comunque non poteva essere considerato "familiare" ai sensi della direttiva 2004/38/CE, attuata con il d.lgs n. 30 del 2007, perché la *kafalah*, senza che sia possibile distinguere quella negoziale da quella pubblicistica, in ogni caso non attribuisce poteri di rappresentanza e tutela del minore.

Avverso il provvedimento della corte d'appello di Roma OMISSIS ha proposto ricorso fondato su due motivi, illustrati con memoria, al quale resistono le amministrazioni con controricorso.

Nell'adunanza in camera di consiglio del 1° dicembre 2011, fissata a seguito di deposito di relazione ex art. 380 *bis* c.p.c. che prospettava la manifesta infondatezza del ricorso, il collegio ha disposto la rimessione degli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite per decidere la questione di massima di particolare importanza relativa alla possibilità, invocata dal ricorrente, di un'interpretazione estensiva della nozione di "familiare" di cui al d.lgs. n. 30 del 2007, sulla base del principio affermato dall'art. 23 dello stesso testo normativo, relativo all'applicabilità delle norme più favorevoli.

In prossimità dell'udienza le Amministrazioni controricorrenti hanno presentato memoria.

Motivi del ricorso

1. Con la memoria ex art. 378 c.p.c. le Amministrazioni controricorrenti hanno segnalato che con sentenza del 9 maggio 2011, depositata contestualmente alla predetta memoria, il tribunale per i minorenni di Roma ha pronunciato l'adozione del minore XXX da parte dei coniugi OMISSIS ai sensi dell'art 44, lettera d) della legge n. 184 del 1983, come modificata con la legge n. 149 del 2001 e pertanto il Consolato ha rilasciato il visto per ricongiungimento familiare.

Essendo quindi cessata la materia del contendere, il ricorso è divenuto inammissibile per sopravvenuta carenza d'interesse.

La Corte ritiene tuttavia che, come ha esattamente rilevato l'ordinanza di rimessione, è di particolare importanza la questione relativa alla possibilità di rilasciare visto d'ingresso in favore di minore extracomunitario (in particolare di nazionalità marocchina) per ricongiungimento familiare con cittadini italiani, residenti in Italia, in cui favore sia stata pronunciato provvedimento giurisdizionale di *kafalah*. Tale questione è stata sollevata con il ricorso, che, con il primo motivo censura il provvedimento impugnato per avere disatteso la *ratio decidendi* della sentenza n. 7472 del 2008 e per avere erroneamente richiamato la sentenza n. 4868/2010, avente ad oggetto una fattispecie diversa e con il secondo motivo deduce il difetto di motivazione lamentando, tra l'altro, l'omessa valutazione di una recente comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio Europeo del giugno 2009, nella quale si dettano criteri interpretativi della Direttiva 2004/38/CE secondo la quale "*I bambini in affidamento.. possono godere dei diritti conferiti dalla direttiva in funzione della solidità del legame instaurato nel caso particolare.*". Pertanto, come ha espressamente richiesto il Procuratore generale nella discussione orale, è opportuno che la questione sia comunque esaminata per enunciare il principio di diritto ai sensi dell'art. 363, terzo comma, c. p. c., come novellato dall'art. 4 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

2. La Corte ha già avuto modo di pronunciarsi in ordine agli effetti della *kafalah* di minori musulmani nel diritto nazionale. Con le sentenze n. 21395 del 2005 e soprattutto con la sentenza n. 7472/2008 (seguita da cass. n. 18174 e 19734 del 2008 e n. 1908 del 2010) si è rilevato che trattasi di istituto di diritto musulmano che - stante il divieto coranico dell'adozione (recepito in tutti gli ordinamenti di diritto musulmano con

l'eccezione della Tunisia, della Somalia e dell'Indonesia) e in ossequio al precetto che fa obbligo a ogni buon musulmano di aiutare i bisognosi e in particolare gli orfani - consente a una coppia di coniugi, o anche a una persona singola, di custodire e assistere minori orfani o comunque abbandonati con l'impegno di mantenerli, educarli ed istruirli, come se fossero figli propri fino alla maggiore età, senza però che l'affidato entri a far parte giuridicamente della famiglia che lo accoglie e senza che all'affidatario siano conferiti poteri di rappresentanza o di tutela che rimangono attribuiti alle pubbliche autorità competenti. Ogni singolo Paese di area islamica ha disciplinato la *kafalah* in maniera più o meno dettagliata e diversificata, ma nella maggior parte delle legislazioni è prevista una dichiarazione di abbandono e l'accertamento dell'idoneità dell'aspirante affidatario e un provvedimento emesso all'esito di procedura giudiziaria (c.d. *kafalah* pubblicistica), anche se rimane anche la possibilità, nella pratica poco utilizzata, che l'affidamento in *kafalah* sia effetto di un accordo tra affidanti e affidatari, siglato davanti a un giudice o a un notaio, soggetto ad omologazione da parte di un'autorità giurisdizionale.

In particolare, per quanto riguarda il Marocco, l'istituto è stato disciplinato legislativamente dapprima con il *dahir portant loi (d.p.l.)* n. 1-93-165 del 10 settembre 1993 e successivamente con il *d.p.l.* n. 1-02-172 del 13 giugno 2002. Sono ammesse alla *kafalah* le coppie sposate da tre anni, di religione musulmana (per le coppie straniere è richiesta la prova di avere aderito alla religione islamica), selezionate da una commissione amministrativa. Il provvedimento è annotato nell'atto di nascita del minore e fa sorgere il potere-dovere della pubblica autorità di vigilare sull'andamento del rapporto di affidamento e di autorizzare eventualmente l'espatrio.

Allo stato delle legislazioni nazionali dei paesi islamici la *kafalah* costituisce quindi una misura di protezione dei minori orfani o abbandonati e come tale è riconosciuta anche negli strumenti internazionali. Infatti, l'art. 20 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, sottoscritta il 20 novembre 1989 e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 1761, dopo avere affermato al primo comma che "Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare

*oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato.” e che gli Stati contraenti debbono prevedere una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale, al terzo comma precisa che “Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo dell'affidamento familiare, della kafalah di diritto islamico, dell'adozione o in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica. “. Inoltre, nella convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore, sottoscritta ma non ancora ratificata e resa esecutiva dall'Italia, è espressamente previsto (art 3 lettera e) che il collocamento di un minore in una famiglia di accoglienza tramite *kafalah* è una delle misure di protezione della persona oggetto della disciplina convenzionale e all'art. 33 viene disciplinato il procedimento per l'attribuzione di effetti in ordinamenti diversi da quello in cui il provvedimento di affidamento è disposto (“1. Quando prospetta il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafalah* o istituto analogo, e quando tale collocamento o assistenza avverrà in un altro Stato contraente, l'autorità competente ai sensi degli articoli 5-10 consulterà preliminarmente l'Autorità centrale o un'altra autorità competente di quest'ultimo Stato. A tal fine le comunicherà un rapporto sul minore e i motivi della sua proposta di collocamento o assistenza. 2. La decisione sul collocamento o l'assistenza potrà essere presa nello Stato richiedente solo se l'Autorità centrale o un'altra autorità competente dello Stato richiesto avrà approvato tale collocamento o assistenza, tenuto conto del superiore interesse del minore.”).*

E' evidente che la ratifica della convenzione da parte dell'Italia avrebbe risolto e, comunque, risolverebbe per il futuro, tutti i problemi interpretativi e applicativi oggetto delle precedenti decisioni della Corte e di quelli posti dall'attuale procedimento.

3. Con un gruppo di decisioni del 2008 (nn. 7472, cit., 18174, 19734) seguite dalla sentenza n. 1908 del 2010, la Corte, affrontando il problema della possibilità di concedere il visto d'ingresso in Italia a minori di cittadinanza marocchina per ricongiungimento familiare con cittadini marocchini residenti regolarmente in Italia ai quali siano stati affidati con *kafalah* c.d. pubblicistica (tale certamente è la fattispecie oggetto di tutte le decisioni mentre non è chiaro se in quella oggetto della sentenza n. 7472/2008 si trattasse di *kafalah* convenzionale, come parrebbe essere affermato nella parte "in fatto" e nel ricorso del Ministero degli esteri, mentre la motivazione "in diritto" espressamente limita le argomentazioni alle sole ipotesi di *kafalah* disposta dall'autorità giudiziaria, con esclusione di quella meramente convenzionale) ha dato risposta positiva sulla base di argomenti che è opportuno richiamare per verificarne l'applicabilità anche all'ipotesi di *kafalah* in favore di cittadini italiani residenti in Italia.

Le decisioni di cui si tratta affermano che l'interpretazione costituzionalmente adeguata dell'art. 29 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, così come risulta dalle successive modificazioni legislative, è quella che, nel conflitto tra l'esigenza di protezione dei minori e quella della tutela delle frontiere, realizza un equo bilanciamento rispettoso della gerarchia di tali valori affermata in Costituzione e quindi dando tendenzialmente la prevalenza alla protezione del minore straniero (Corte cost. n. 295 e n. 198 del 2003, che attribuiscono rilievo al "superiore interesse del minore", in materia di disciplina dell'immigrazione), tenendo conto che, mentre ai pericoli di elusione della disciplina dell'immigrazione può comunque porsi rimedio attraverso i controlli interni previsti nel procedimento per la concessione del permesso di soggiorno per motivi familiari, la pregiudiziale esclusione del ricongiungimento familiare per i minori affidati in *kafalah* penalizzerebbe, con violazione del principio di eguaglianza, i minori provenienti dai paesi islamici per i quali tale istituto costituisce l'unica forma di protezione. E poiché, fuori dai casi di *kafalah* esclusivamente negoziale (in relazione alla quale l'assenza di controlli pubblici sull'idoneità dell'affidatario e sulle esigenze dell'affidamento fa rimanere margini di dubbio) tra la *kafalah* e l'affidamento di minori disciplinato dal diritto nazionale prevalgono sulle differenze i punti in comune, essendo entrambi strumenti di protezione dei minori, di durata temporanea (la *kafalah*, pur

essendo revocabile, dura tendenzialmente fino al compimento della maggiore età), che non incidono sul loro stato civile è possibile estendere anche ai minori islamici affidati con provvedimenti di *hafalah* la disciplina del ricongiungimento familiare di cui al secondo comma dell'art. 29 del d.lgs n. 286/1998.

4. A diversa conclusione è pervenuta la Corte nell'ipotesi di richiesta di visto d'ingresso per ricongiungimento familiare di minore extracomunitario a cittadini italiani, residenti in Italia (Cass. 1° marzo 2010, n. 4868, 7 ottobre 2011, n. 20722; non costituiscono precedenti conformi, pur essendo fondate su argomentazioni in gran parte analoghe a quelle utilizzate dai provvedimenti citati, cass. 17 dicembre 2010, n. 25661 – avente ad oggetto la richiesta di ricongiungimento con cittadino straniero collaterale non oggetto di affidamento in *kafalah* – e cass. 23 settembre 2011, n. 19450 – riguardante una richiesta di dichiarazione di efficacia in Italia, ai sensi degli articoli 66 e 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di un provvedimento di affidamento in *kafalah* di minore marocchino in situazione di abbandono e affetto da una grave patologia).

La premessa interpretativa dalla quale muove questo orientamento è che l'ingresso, il transito e la circolazione di un minore extracomunitario affidato in *kafalah* a cittadino italiano residente in Italia, è interamente disciplinato dal d.lgs. n. 30 del 2007, in applicazione del rinvio (materiale e non formale) operato dal secondo comma dell'art. 28 del d. lgs. n. 286 del 1998 al d.p.r. 30 dicembre 1965, n. 1656 e - per effetto dell'abrogazione di tale testo normativo disposta con l'art. 15 del d.p.r. 18 gennaio 2002, n. 54, a sua volta abrogato con l'art. 25 del d.lgs. n. 30 del 2007 - attualmente alla disciplina dettata dal predetto d. lgs. n. 30. Inoltre, poiché l'art. 29 del d. lgs n. 286 del 1998, che (nell'interpretazione estensiva seguita dall'orientamento indicato al paragrafo 3) consente il ricongiungimento anche di minori affidati in *kafalah*, è applicabile solo agli stranieri, non può neppure procedersi ad ulteriore estensione della norma, fino a ricomprendervi il ricongiungimento a cittadini italiani, per effetto della clausola di salvaguardia, che fa salva l'applicazione delle norme più favorevoli, contenuta nel secondo comma dell'art. 28 del d. lgs. n. 286/1998 (e nell'art. 23 del d. lgs. n. 30 del 2007) dovendosi la norma intendersi riferita solo alle modalità del ricongiungimento e non

all'individuazione dell'ambito dei familiari in favore dei quali tale provvedimento è ammissibile.

Ora l'art. 2, lettera b) del d.lgs. n. 30/2007, richiamato dall'art. 1, lettera a) e dall'art. 3, 1° comma, contiene la definizione di "familiare" ai quali si applicano le norme dettate dal decreto stesso e, in particolare al numero 3 definisce familiari i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o del *partner* che abbia contratto un'unione registrata equiparata al matrimonio. La definizione normativa di "familiare" è poi estesa dall'art. 3, 2° comma lettera a) ad ogni altro familiare diverso da quelli indicati nell'art. 2, lettera b) se è a carico o convive nel paese di provenienza con il cittadino dell'Unione o se sussistono gravi motivi di salute che impongono l'assistenza personale. Ha ritenuto la Corte che, in applicazione delle disposizioni richiamate, nella nozione normativa di familiare oltre ai discendenti diretti infraventunenni o a carico, possano ricomprendersi anche i minori adottati o adottandi che fanno ingresso in Italia ai sensi della disciplina dell'adozione internazionale dettata nel titolo terzo della legge n. 184 del 1983, ma non quelli "affidati alla stregua di norme dello Stato di cittadinanza del minore che, come nel caso della legislazione del Marocco sulla *kafalah*, delineano una sorta di affidamento convenzionale, da omologare, dettato per la protezione materiale ed affettiva del minore e senza che questi assuma titoli di familiarità alla stregua delle norme poste dalla direttiva 2004/38/CE. Non sussisterebbero, in favore di un'interpretazione estensiva (dovendo, comunque escludersi l'applicazione analogica: cass. n. 25661/2010) dell'art. 2, lettera b) dell'art. 3, secondo comma lettera a) del d.lgs. n. 30 quelle esigenze di equità che hanno indotto la Corte ad adottare un'interpretazione dell'art. 29 del d. lgs. n. 286 del 1998, sulla base della quale deve consentirsi il ricongiungimento di minore affidato in *kafalah* a cittadino straniero residente legalmente in Italia, prevedendo analoga possibilità anche in favore di cittadino italiano che non abbia alcun rapporto di familiarità con il minore straniero e che non voglia o non possa includerlo come figlio nella sua famiglia assumendone la rappresentanza. 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 legge n. 184 del 1983

e successive modificazioni, essendo questo l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di protezione dei minori stranieri abbandonati e le richieste di inserimento familiare dei cittadini.

5. Ritiene la Corte che nell'affrontare la questione di massima sottoposta al suo esame debbano essere ribaditi due principi, già affermati esplicitamente nella sentenza 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, espressamente affermato nell'art. 3 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 24 novembre 1989, ratificata con la legge n. 176 del 27 maggio 1991 (*"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, adattata 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 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."*), ma desumibile anche dagli articoli 2 (applicabile anche agli stranieri maggiorenni o minori: Corte cost. n. 199 del 1986; n. 203 del 1997 e n.376 del 2000) e 30 Cost., deve trovare applicazione anche in materia di disciplina interna dell'immigrazione, come previsto dal 3° comma dell'art. 28 del d.lgs. n. 286 del 1998 (*"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 legge 27 maggio 1991, n. 176"*).

Inoltre, è principio pacifico che 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 islamici, che ha indotto la Corte a propendere per un'interpretazione estensiva dell'art. 29 d.lgs. n. 286 del 1998 (sentenza n. 7472 del 2008 e successive conformi). Anzi tale disparità di trattamento sarebbe aggravata da analoga disparità che deriverebbe in danno dei cittadini italiani (c.d. discriminazione alla rovescia) rispetto ai cittadini stranieri ai quali sarebbe consentito il ricongiungimento con i minori affidati in *kafalah*, ancor meno giustificabile razionalmente, per il fatto che, potendo utilizzare lo strumento dell'adozione legittimante ciò precluderebbe la possibilità, certamente meno incisiva, ma del pari non priva di utilità per i minori bisognosi, di offrire accoglienza e cure affettive ai minori islamici.

Ferme queste premesse, si deve convenire con l'orientamento seguito dalle sentenze nn. 4868 del 2010 e 20722 del 2011 secondo il quale la disciplina del ricongiungimento di minore extracomunitario al cittadino italiano al quale sia stato affidato in *kafalah* si rinviene esclusivamente nel d. lgs. n. 30 del 2007, sia perché tale disciplina deve intendersi richiamata dall'art. 28, 2° comma del d.lgs. n. 286 del 1998, sia perché la salvezza dell'applicazione delle norme più favorevoli, prevista dalla stessa disposizione e dall'art. 23 del d. lgs. n. 30 non è idonea a rendere applicabile alla fattispecie di cui si tratta la norma di cui al secondo comma dell'art. 29 del d. lgs. n. 286, espressamente limitata ai ricongiungimenti richiesti dagli stranieri.

Del pari condivisibile appare l'affermazione secondo la quale la definizione normativa dei familiari stranieri per i quali il cittadino italiano residente in Italia può chiedere il ricongiungimento contenuta negli articoli 2 e 3 del d. lgs. n. 30 del 2007 non consente l'applicazione analogica a casi non previsti (cass. n. 25661 del 2010), ma nessuna regola di ermeneutica legale ne vieta 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.

Ora, se certamente il minore straniero affidato a cittadino italiano con provvedimento di *kafalah* non potrebbe mai rientrare nella nozione di

“discendente” che implica un rapporto parentale, fondato sulla realtà biologica o anche solo su quella giuridica dell’adozione legittimante, non si ravvisa alcun impedimento a comprenderlo nell’ambito degli “altri familiari” di cui all’art. 3, 2° comma lettera a), per i quali il cittadino italiano residente in Italia (o il cittadino dell’Unione titolare di soggiorno a titolo principale) può chiedere il ricongiungimento se a) è a carico, ovvero, b) convive nel paese di provenienza del cittadino extracomunitario, o, ancora, c) gravi motivi di salute ne impongano l’assistenza personale.

Un’ulteriore condizione alla concessione del ricongiungimento discende poi necessariamente dal principio della tutela dell’interesse prevalente del minore che esclude che possa avere rilievo nel nostro ordinamento, sia pure come mero presupposto di fatto, di provvedimento amministrativo di ricongiungimento, un affidamento derivante da una *kafalah* esclusivamente convenzionale, fondata cioè su un accordo tra adulti, sia pure omologato, senza che l’idoneità dell’affidatario sia stata previamente oggetto di valutazione da parte di un’autorità giudiziaria o comunque da parte di un’istituzione pubblica alla quale l’ordinamento straniero affidi la cura del minore bisognoso. Per questa ragione deve condividersi la conclusione negativa, rispetto alla possibilità di ricongiungimento, alla quale è pervenuta la sentenza n. 4868 del 2010 in una fattispecie in cui (oltre a non sussistere la condizione della preesistente convivenza con il cittadino italiano nel paese di provenienza del minore) l’affidamento del minore era avvenuto per effetto di una semplice convenzione tra privati.

L’interpretazione dell’art. 3, 2° comma lettera a) che consente di ritenere compresi nella nozione di “altri familiari” anche i minori affidati in *kafalah* si muove, peraltro, sulla stessa linea seguita dalla comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio europeo del 2 luglio 2009, denominata “Guida agli aspetti di difficile trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE” nella quale, come sottolineato dalla dottrina richiamata nel ricorso introduttivo, si afferma che “*I bambini in affidamento e i genitori affidatari con custodia temporanea possono godere dei diritti conferiti dalla direttiva in funzione della solidità del legame instaurato nel caso particolare.*”.

Una diversa interpretazione dell’art. 3, 2° comma lettera a) del d. lgs. n. 30 del 2007, oltre a contrastare con l’art. 3 cost. (nel duplice senso sopra

indicato della ingiustificata disparità di trattamento tra minori e tra affidatari) e con il principio della prevalenza dell'interesse del minore, non è imposta necessariamente dalla lettera della disposizione. La nozione di "familiare" nel diritto interno, infatti, non richiede necessariamente l'esistenza di legami di tipo parentale, come risulta, ad esempio, dalla previsione di cui all'art. 4 del d.p.r. 30 maggio 1989, recante il nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente, secondo cui *"agli effetti anagrafici per famiglia s'intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso Comune"*. Ed infatti i minori in affidamento (non preadottivo) ai sensi del titolo I bis della legge n. 184 del 1983, come modificato dalla legge 28 marzo 2001 n. 149, possono essere e normalmente sono ricompresi nello stato di famiglia degli affidatari, pur non essendovi alcun legame parentale perfezionato o *in itinere*.

Neppure decisivo in senso contrario all'interpretazione accolta è la prospettazione di una contrarietà all'ordine pubblico che deriverebbe dal rilievo attribuito a un provvedimento straniero di affidamento che potrebbe porsi come contrastante od elusivo della disciplina interna dell'adozione internazionale, da ritenersi di applicazione necessaria. Tale contrarietà con l'ordine pubblico interno (ma certamente non con quello internazionale, essendo la *kafala* espressamente prevista come valida misura di protezione dei minori dall'art. 20 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, sottoscritta il 20 novembre 1989 e dagli articoli 3 e 33 della convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore, sottoscritta dall'Italia, anche se non ancora ratificata e resa esecutiva) potrebbe essere ipotizzabile nel caso in cui si trattasse di attribuire efficacia in Italia a sentenze ed atti stranieri, ma deve escludersi quando il provvedimento straniero è destinato non a produrre direttamente, in quanto tale, effetti giuridici nel nostro ordinamento, ma a costituire presupposto di fatto di un provvedimento amministrativo interno di ricongiungimento. E d'altra parte la contrarietà o l'elusione della disciplina dell'adozione internazionale (contenuta nel titolo terzo della legge n. 184 del 1983, come modificata

con l'art. 3 della legge 31 dicembre 1988, n. 476) sarebbe ipotizzabile se dalla *kafalah* si volessero far derivare effetti nel nostro ordinamento identici o analoghi a quelli dell'adozione, ma non nel caso in cui, nel rispetto della disciplina vigente nel paese di provenienza del minore affidato, il provvedimento di *kafalah*, anche dopo l'avvenuto ricongiungimento con il cittadino italiano, non svolga altra funzione che quella 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. Peraltro, il controllo sull'idoneità degli affidatari effettuato dall'autorità giudiziaria del paese di provenienza del minore e la necessità della presa in carico o della convivenza in tale paese, richiesti (in alternativa alla necessità di assistenza per gravi ragione di salute) dall'art. 3, 2° comma lettera a) per consentire il ricongiungimento al cittadino italiano, rende anche in concreto difficile la stessa ipotizzabilità di intenti elusivi della disciplina dell'adozione internazionale da parte del cittadino affidatario che si trovi nelle condizioni richieste per ottenere il ricongiungimento.

In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse e le spese possono essere compensate. Il principio di diritto che deve essere affermato ai sensi dell'art. 363 c.p.c. è che "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."

P.Q.M.

la Corte dichiara il ricorso inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse essendo cessata la materia del contendere e compensa le spese. Ai sensi dell'art. 363 c.p.c. dichiara il seguente principio di diritto: "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.”

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle sezioni unite civili il 10 luglio 2012.