



assorbire
motivi e ~~rigettarsi~~ gli altri due.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Ministero degli Affari Esteri ricorre per cassazione con atto 17.4.2009 avverso il decreto in data 20 Dicembre 2008, con il quale la Corte di appello di Perugia, a conferma del precedente provvedimento in data 7.6.2008 del Tribunale di Spoleto, ha disposto il rilascio al richiedente [REDACTED] cittadino italiano di origine marocchina, del visto di ingresso (negato dal Consolato d'Italia di Casablanca) nell'interesse della minore [REDACTED] (nata in Marocco il 17.8.1994) per il ricongiungimento familiare (in Italia) al predetto cittadino marocchino e alla di lui moglie, ai quali la minore era stata affidata secondo l'istituto della *Kafalah* dai suoi genitori sulla base della decisione 28.12.2004 del Tribunale di Ben Ahmed.

Nessuna difesa viene svolta dall'intimato [REDACTED]

La Corte territoriale nella motivazione del decreto, dopo aver rammentato che il diniego di visto era stato fondato sul rilievo per il quale alla specie non era applicabile la previsione di ricongiungimento di cittadino italiano con familiari stranieri (art. 2 comma 1 lett. B del d.lgs. 30 del 2007), non essendo la ricongiungenda minore un "familiare a carico", ha dato atto che nella citata previsione della norma del 2007, *ratione temporis* applicabile, non vi sarebbe stato spazio per il ricongiungimento *de quo*, ma ha anche osservato che detta normativa doveva ritenere applicabile ai soli casi nei quali il ricongiungimento del cittadino italiano al "familiare" in tal guisa individuato comportava in-

(1/10)



gresso o trattenimento in uno Stato diverso da quello del quale il richiedente aveva la cittadinanza. Ha osservato la Corte che la situazione sottoposta non poteva trovare regolamentazione nell'art. 28 comma 2 del d.lgs. 286/98 (a mente del quale la condizione dei familiari stranieri dei cittadini italiani restava regolata dal d.P.R. n. 1656 del 1965 salve le più favorevoli norme del T.U.) dato che la normativa richiamata era stata abrogata espressamente dall'art. 25 del d.lgs. 30/07, ma doveva essere regolata dall'art. 29 comma 5 del predetto T.U. là dove consente l'ingresso al seguito del cittadino italiano del "familiare" passibile di ricongiungimento. Ha quindi soggiunto la Corte che al quesito relativo alla riconducibilità della ipotesi sottoposta alla previsione del "familiare" di cui alle citate disposizioni degli artt. 28 comma 2 e 29 comma 5 del d.lgs. 286/98 occorreva dare una risposta in linea con l'orientamento della S.C. palesato nelle sentenze 21395/05, 7472/08 e 18174/08, senza che ostassero profili di ordine pubblico *ex lege* 218/95 trattandosi dell'unico istituto di protezione minorile del diritto islamico.

Con i sei connessi motivi – tutti conclusi da pertinenti quesiti di diritto - il Ministero ha censurato sotto molteplici motivi la impugnata decisione.

Con il primo motivo il Ministero ha censurato come *contra legem* ed illogica l'opinione della Corte di merito per la quale il d.lgs. 30/07 si applicherebbe ai soli soggiorni dei cittadini e dei familiari in stati diversi da quello di cittadinanza: il chiarissimo disposto degli artt. 1 lett. A e B e 5 del decreto del 2007 attesterebbe che proprio la finalità del testo è quella di regolare l'ingresso ed il soggiorno in Italia dei familiari

Ulag



del cittadino italiano. Con il secondo motivo viene contestata la decisione di dare applicazione alla clausola della “legge più favorevole” di cui all’art. 28 comma 2 del T.U. non considerando che tale disposizione era stata sostanzialmente abrogata dall’art. 25 del d.lgs. 30/07 e comunque operando una comparazione tra termini disomogenei posto che la più favorevole disposizione del comma 5 dell’art. 29 (il “familiare”) rispetto a quella restrittiva di cui al comma 2 (l’adottato, affidato, sottoposto a tutela) postulava una situazione disomogenea rispetto a quella di specie ove il preteso ricongiungimento operava non già tra extracomunitario e “familiare” extracomunitario ma tra cittadino italiano e familiare straniero. L’unica soluzione era quella scaturente dalla applicazione del combinato disposto dell’art. 29 comma 5 d.lgs. 286/98 e degli artt. 2 e 5 del d.lgs. 30/07. Con il terzo motivo l’Avvocatura dello Stato si duole del fatto che i giudici del merito non abbiano considerato come, trattandosi di operare un ricongiungimento con un cittadino italiano, si sarebbe dovuta evidenziare la esclusività dell’istituto della adozione internazionale, posto che la legge italiana non prevede, per la presa in carico di un minore extracomunitario altro che la adozione internazionale o l’affidamento di minore straniero già in Italia, *ex lege* 184/83, e non l’affidamento internazionale né la tutela internazionale, tra le quali può, secondo l’orientamento della Corte di legittimità, ricomprendersi la *kafalah*. Contrariamente opinando si finirebbe per applicare ai cittadini italiani, nella materia della presa in carico di minori, il diritto islamico in via diretta in tal guisa dimenticando che, se nell’ordinamento islamico la *kafalah* è l’unico istituto di protezione del fanciullo orfano o abbandonato, nel diritto



italiano vigono diversi e cogenti principii e vi è il divieto di “aggirare” le rigorose previsioni della adozione internazionale. Con il quarto motivo si censura l’aver la Corte territoriale obliterato il principio di ordine pubblico che l’art. 65 della legge 218/95 fissa quale limite al riconoscimento di provvedimenti del giudice straniero afferenti la famiglia ed i minori. Con il quinto e sesto motivo si censura per violazione dell’art. 20 della convenzione di New York e per la sommarietà di indagine il fatto che la Corte di merito ha ritenuto sussistente il presupposto di abbandono della *kafalah* senza avvedersi del fatto che la minore aveva due genitori conviventi che non vi era prova la avessero trascurata o vessata, che il richiedente era entrato in Italia sin dal 1993 e che la *kafalah* era stata stipulata solo nel 2004.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ritiene il Collegio che siano certamente fondate le censure esposte – con ampiezza e persuasività di argomenti - nei primi quattro motivi del ricorso e che le ragioni contenute nei motivi quinto e sesto debbano considerarsi assorbite.

Giova rammentare, quale premessa, che l’orientamento di questa Corte che i giudici del merito hanno ritenuto meritevole di applicazione estensiva, ed ulteriore, **anche** alla vicenda del cittadino italiano di origine marocchina e fede islamica, ebbe a risolversi (come emerge con nettezza dalla sentenza n. 7472 del 2008) nella affermazione del principio per il quale la Kafalah di diritto islamico, come disciplinata (in quella e nella presente specie) dalla legislazione del Marocco, puo' fungere da presupposto per il **ricongiungimento familiare**, e dare titolo allo stesso, in forza del disposto dell’art. 29 comma



2 del D.Lgs. n. 286 del 1998, essendosi in particolare con detto pronunciato (seguito da Cass. n. 18174/08) inteso affermare che nell'*affidamento nazionale* previsto da detta disposizione per consentire il ricongiungimento chiesto dal cittadino extracomunitario dovesse ricomprendersi, ad una lettura *secundum constitutionem*, il caso del minore affidato (*makful*) ad una coppia o ad un singolo (*Kafil*).

La tesi seguita dai giudici del merito è quindi esplicita nell'affermare che **anche** al cittadino italiano ben possa applicarsi siffatta interpretazione estensiva – le volte in cui richieda l'ingresso per ricongiungimento di un minore affidatogli in kafalah - **perché** è solo il richiamato art. 29 comma 2 che governa, anche per il cittadino, il ricongiungimento con un minore straniero a lui legato da legami di sangue, o dalle varie equiparabili relazioni giuridiche tra le quali si annovera la Kafalah.

Ritiene il Collegio che la premessa anzidetta –come esattamente denuncia l'Avvocatura dello Stato nei primi due motivi del ricorso – sia del tutto errata, posto: **che** la regolamentazione del rapporto di ingresso, transito e circolazione del minore (familiare) extracomunitario con cittadino comunitario è contenuta esaustivamente nel d.lgs. n. 30 del 2007 (ed anteriormente nel d.P.R. n. 54 del 2002 e nel, da questo abrogato, d.P.R. n. 1656 del 1965), **che** tanto esclude alcuna possibilità di applicazione diretta del d.lgs. n. 286 del 1998 a regolare il detto ricongiungimento, **che** tale ipotesi di applicazione non sussiste neanche in termini di *scelta del regime più favorevole* ai sensi dell'art. 28 comma 2 del T.U. del 1998.

Ed è da tale ultima disposizione che occorre prendere le mosse.



Il decreto delegato del 1998, infatti, all'atto di regolare nel titolo IV le condizioni per realizzare in favore dello straniero avente diritto al soggiorno il diritto alla unità familiare, diritto precipuamente strutturato attraverso l'istituto del ricongiungimento, dovette prendere atto della **diversa situazione** nella quale straniero fosse il familiare (coniuge, ascendente e discendente, figlio minore etc.) e richiedente l'unità familiare fosse il **cittadino** e per la sua regolamentazione, certamente non riconducibile allo schema del *ricongiungimento*, anche in forza della espressa esclusione di cui all'art. 1 comma 2, fece rinvio alla esistente disciplina dell'ingresso, soggiorno e circolazione negli stati membri della C.E.E. contenuta nel d.P.R. n. 1656 del 1965.

Nel comma 2 dell'art. 28 si dispose infatti il rinvio a detta normativa facendo salve le disposizioni più favorevoli del T.U. nel mentre all'art. 29 comma 5 si dettò una clausola più favorevole *ex professo*, disponendo che, oltre a quanto previsto dall'art. 28 comma 2, i *familiari* del cittadino italiano o comunitario avessero diritto di ingresso se **al seguito** del predetto cittadino.

Il ridetto art. 28 comma 2, quale norma espressamente di rinvio, non è stata affatto resa *non operativa* dalla abrogazione della normativa richiamata, essendosi invece verificate due successive **sostituzioni**, in breve sequenza, delle norme regolanti ingresso, circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari dei loro familiari: dapprima il d.lgs. n. 52 del 2002 ed il T.U. approvato con il d.P.R. n. 54 del 2002 (il cui art. 15 abroga il testo del 1965 e contiene in quadro sinottico, la tavola di corrispondenza delle disposizioni abrogate e sostituite) e quindi il d.lgs. n. 30 del 2007 (adottato in attuazione della direttiva



2004/38/CE), che, a sua volta, abroga (art. 25 comma 2) tanto i decreti nn. 52,53,54 del 2002 quanto il *già abrogato* d.P.R. n. 1656 del 1965.

Ditalchè, e come consentito dal *rinvio aperto* operato dall'ancor vigente art. 28 comma 2 del T.U. del 1998, alla data di presentazione dell'istanza di rilascio di visto di ingresso da parte dell'intimato ■■■■■ (aprile 2007) era entrato in vigore il d.legs. 30 del 2007 (il decreto essendo stato pubblicato sulla G.U. del 27.3.2007).

Tale decreto, come non compreso dal giudice del merito e di contro rettamente evidenziato dall'Avvocatura Generale ricorrente, contiene previsioni certamente afferenti alla circolazione ed al soggiorno di cittadini dell'U.E. e dei loro "familiari" in paesi diversi da quelli dei quali i primi sono cittadini ma anche, e necessariamente, all'ingresso nel nostro Paese, che con il decreto in disamina ha dato attuazione alla direttiva del 2004, dei familiari stranieri dei cittadini italiani, altrimenti pervenendosi alla aberrante conclusione per la quale il nostro Paese ha attuato la direttiva CE del 2004 solo limitando circolazione e soggiorno degli altri cittadini e dei loro familiari e lasciando ai propri cittadini prima piena libertà di ottenere l'ingresso dei propri familiari extracomunitari e poi il conseguente diritto di vederli circolare e soggiornare nei paesi dell'Unione alla stregua delle regole impartite.

La lettura degli artt. 1 comma 1 lett. A, 3 comma 1 e 5 comma 1 del decreto delegato del 2007 convince, del resto, della volontà di attuare una disciplina comune, ed in modo **uniforme**, agli ingressi, alla circolazione ed ai soggiorni nell'ambito dei paesi aderenti tanto dei cit-



tadini quanto dei loro familiari, e quindi ovviamente, e come previsto dalla stessa norma di rinvio di cui all'art. 28 comma 2 del T.U. del 1998, **dei cittadini italiani e dei loro familiari stranieri.**

Orbene, come è perverso ammesso dalla Corte di merito, è ben chiaro che nella nozione di *familiare* di cui all'art. 2 comma 1 lett. B n 3) e nella disposizione "di salvezza" di cui all'art. 3 comma 2 lett. A del decreto del 2007 sono compresi, oltre ai discendenti diretti infraventuranni o "a carico" del cittadino e del suo coniuge o *partner*, certamente i minori adottati od adottandi che fanno ingresso in Italia acquisendo lo *status* di minore in affidamento familiare alla stregua delle previsioni del titolo III della legge n. 184 del 1983 (come modificata dalla legge n. 476 del 1998 di esecuzione della Convenzione de L'Aja 29.5.1993).

Così come è specularmente chiaro che **non** vi è spazio, nelle predette previsioni, per ricompredervi minori che **né** siano discendenti diretti propri o del coniuge/partner, **né** siano legati da vincolo parentale per ragioni di sangue ed a carico o in convivenza nel paese straniero con il cittadino **ma** vertano nella situazione di minori "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.

Se dunque non vi è alcuna possibilità di ritenere che la richiesta di ingresso del minore affidato in Kafalah sia accolta operando, **anche**



per il richiedente cittadino italiano, l'interpretazione estensiva della previsione dell'art. 29 comma 2 del d.lgs. n. 286/98 che questa Corte ha inteso operare nel caso di istanza di ricongiungimento di cittadino straniero regolarmente soggiornante, vi è ancora da chiedersi se, a beneficio del cittadino italiano nondimeno richiedente l'ingresso del minore affidato in Kafalah, non possa ritenersi applicata la ridetta interpretazione estensiva della norma (e quindi la norma stessa) in virtù della riserva di richiamo quale **disposizione più favorevole** posta al menzionato art. 28 comma 2. La risposta è chiaramente negativa, dovendosi tale disposizione interpretare nel rispetto dei suoi limiti, che sono quelli di delineare le condizioni (di ingresso, di soggiorno, di circolazione) per realizzare l'unità familiare e quindi nel senso di rendere applicabili le norme afferenti le **modalità** di ricongiungimento, con esclusione evidente della possibilità di sostituire con le proprie peculiari previsioni quelle proprie di ciascun paese dell'Unione Europea **individuanti il familiare beneficiario**.

Se resta accertato che il cittadino italiano, qualsiasi sia la sua fede e la sua originaria nazionalità, non possa invocare alcun ricongiungimento con il minore straniero che non passi attraverso le regole di ingresso, soggiorno e circolazione dettate dal d.lgs. n. 30 del 2007 a disciplinare – in attuazione della Direttiva CE del 2004 – il rapporto con il proprio familiare (nel senso dianzi precisato), giova anche rammentare, in dissenso dalla inesatta invocazione fatta nell'impugnato decreto, che questa Corte, nella sentenza 21395 del 2005, ha pur avuto occasione di ricordare come l'affidamento in Kafalah non costituisca in capo al Kafil alcun potere di rappresentanza legale né attribuisca



alcuna veste di tutore, realizzando semplicemente una attribuzione di **custodia** (per certi versi assimilabile all'affidamento familiare) a seguito di una determinazione familiare di affidamento omologata dal Tribunale (secondo la normativa del Marocco), un attribuzione che non si scorge come possa essere assimilata alla nozione del *rapporto familiare* delineato tanto dalla norma di rinvio di cui all'art. 28 comma 2 più volte citato quanto dalla normativa di riferimento, ed applicabile in via esclusiva, di cui al d.lgs. 30 del 2007.

Va anche, e conclusivamente, rilevato, a negare fondamento alle esigenze di **equità** sottese alla interpretazione estensiva data dal giudice del merito alle norme sopra richiamate, che, come esattamente notato dalla Avvocatura dello Stato in ricorso, l'interpretazione estensiva affermata da questa Corte con le cennate sentenze del 2008 ha portato a comprendere nella sfera delle norme dirette alla realizzazione della **unità familiare** del cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante posizioni, assimilate all'affidamento familiare, che nel **suo** ordinamento giuridico di provenienza erano e solo le uniche che attuino esigenze di protezione del minore (ivi essendo esclusa la sussistenza della adozione nel senso e con i contenuti previsti dall'ordinamento internazionale).

Nessuna ragione vi sarebbe, di contro, di perseguire un consimile obiettivo a beneficio di un cittadino italiano che non abbia alcun rapporto di familiarità con il minore straniero e che né voglia, né possa, pervenire ad includerlo, come figlio, nel suo nucleo familiare assumendone la rappresentanza ad ogni effetto: ad assicurare ai cittadini italiani l'inserimento nella propria famiglia, come figlio, di un minore



straniero versante in stato di abbandono, è posta la normativa dianzi richiamata (legge n. 184 del 1983 e le successive integrazioni, attuative in via immediata ed esclusiva delle norme della Convenzione de L'Aja del 1993), la quale rappresenta l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di protezione dei minori stranieri abbandonati e le richieste di inserimento familiare dei cittadini, e cioè una sintesi, che per la delicatezza delle posizioni coinvolte e per la cogenza della attuazione di norme sopranazionali, impedisce alcuna elusione o disapplicazione. Alla luce delle esposte considerazioni, accolti i primi quattro motivi ed assorbiti il quinto ed il sesto, cassato il decreto impugnato, ben può procedersi alla decisione nel merito del ricorso (stante l'assenza di alcuna valutazione o di alcun residuo accertamento), pertanto rigettandosi la opposizione dell'intimato all'originario diniego di visto di ingresso richiesto per la minore [REDACTED]

Le spese si regolano in dispositivo secondo soccombenza.

P.Q.M.

Accoglie i primi quattro motivi e dichiarata assorbiti il quinto ed il sesto motivo del ricorso; cassa il decreto impugnato e decidendo nel merito rigetta la opposizione proposta da [REDACTED] avverso il diniego di visto di ingresso adottato dal Consolato italiano di Casablanca; condanna l'intimato alla refusione delle spese in favore del ricorrente Ministero, determinate in € 1.500,00 oltre a spese prenotate a debito.

Così deciso nella c.d.c. del 9 Febbraio ~~2009~~ ²⁰¹⁰

Il Cons.est.



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Oggi - 1 MAR. 2010
IL CANCELLIERE C1
Arnaldo Gasano
[Handwritten signature]

il Presidente

IL CANCELLIERE C1
Arnaldo Gasano
[Handwritten signature]