

La kafalah di diritto coranico: presupposti di validità ai fini di riconoscimento e di tutela del minore

Sommario: 1. - Funzione e fondamento della kafalah negli ordinamenti islamici. – 2. - Le tipologie. 3. - Il riconoscimento di diritto interno a tutela del minore immigrato. 4. - Le iniziali diffidenze della Cassazione. 5. - L'apertura verso la kafalah da parte delle Sezioni unite e la giurisprudenza successiva. 6. – Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria. 7. – Conclusioni.

1. - *Funzione e fondamento della kafalah negli ordinamenti islamici*

Negli ordinamenti di diritto islamico l'istituto della kafalah (o kafala) nasce come affidamento di un soggetto alla cura di un altro; segnatamente come affidamento a una persona adulta (il kafil) di un minore da curare, educare e mantenere (il makful), fino al raggiungimento della maggiore età di questo; e ciò come se fosse un figlio proprio, ma senza inserimento giuridicamente rilevante in una ipotetica famiglia di adozione¹.

In questa prospettiva l'espressione kafalah indica, in arabo, l'assunzione di una garanzia di tipo fideiussorio: garanzia di cura, educazione e mantenimento (appunto) discendente dalla tradizionale compresenza, negli ordinamenti di matrice islamica, di opposte esigenze. Il diritto coranico, se da un lato vieta l'adozione, perché la famiglia si dice originata dal solo rapporto di filiazione biologica, espressione della volontà divina, dall'altro contiene l'essenziale precetto di aiutare i bisognosi e gli orfani; per modo che nella compresenza di simili obblighi giuridici, oltre che morali, la kafalah finisce col rappresentare in effetti l'unico strumento di protezione dei minori in stato di bisogno o, addirittura, di abbandono.

Tale essendo la *ratio* dell'istituto nel diritto (islamico) di origine, è fondamentale chiarirne innanzi tutto sinteticamente le caratteristiche.

Negli ordinamenti di matrice islamica l'affidato (il makful) non entra a far parte della famiglia dell'affidatario ma resta legato giuridicamente alla famiglia biologica.

Per tale ragione la pubblica autorità rimane titolare di un potere di vigilanza in ordine all'adempimento degli obblighi gravanti sull'affidatario (il kafil) – volta che invece un eguale potere di vigilanza e ingerenza non esiste in rapporto alla famiglia in senso proprio.

¹ Gli studi sulla kafalah sono molto numerosi.

Per riferimenti Carobene, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La kafalah islamica*, Napoli 2017; Piccinelli, *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, in *Iura Orientalia*, Napoli 2005, 131 e ss.

In sostanza tutta la tradizione in materia di kafalah è avvalorata dalla previa considerazione relativa al rapporto di filiazione; il quale rapporto è suscettibile di sorgere e svilupparsi solo all'interno di un legame legittimo e formale tra i genitori, essendo al diritto sconosciuta anche la nozione di filiazione illegittima.

Per modo che, non essendo in alcun modo associabile a un rapporto di filiazione purchessia, la kafalah non può avere neppure una durata illimitata. Essa è destinata a cessare al compimento della maggiore età dell'affidato, salva l'anteriorità di una revoca per atto della pubblica autorità.

Essendo espressione di principi coranici, è altresì ovvio che alla kafalah possano accedere solo le persone appartenenti alla religione musulmana, come tali ritenute capaci di impartire al minore affidato le necessarie attività di cura e di istruzione, oltre che di semplice mantenimento.

2. - *Le tipologie.*

Deve precisarsi che, per quanto accomunandole nella caratteristica funzionale e nel presupposto negativo di non determinare l'insorgere di vincoli parentali tra il minore e l'affidatario, gli ordinamenti di matrice coranica distinguono due tipologie di kafalah², l'una di ordine pubblicistico, l'altra di ordine privatistico-convenzionale.

Su questo punto è necessario brevemente soffermare l'attenzione, perché a esso è correlabile il più attuale dibattito giurisprudenziale a proposito dei requisiti di riconoscimento in ambito nazionale³.

Schematicamente può dirsi che la kafalah propriamente intesa è un istituto di tipo pubblicistico, nel quale l'affido è conferito con provvedimento della pubblica autorità all'esito di un procedimento di natura giurisdizionale (o paragiurisdizionale) finalizzato ad accertarne i presupposti.

Il provvedimento stabilisce l'esistenza della condizione di abbandono nella quale si trova il minore bisognoso, nonché l'idoneità dell'adulto a fungere da kafil.

A questa tipologia di kafalah gli ordinamenti coranici consegnano la maggiore rilevanza.

Tuttavia a essa si affianca anche una seconda tipologia di kafalah, di carattere convenzionale, incentrata sull'accordo tra la famiglia del minore e l'affidatario.

Questa seconda tipologia è normalmente considerata di ordine privatistico, ma la considerazione può prestarsi a equivoci poiché (almeno d'ordinario) al centro della relativa efficacia è posta l'omologazione dell'accordo a opera dell'autorità giudiziaria. Cosicché parlare di una forma di kafalah

² Per una sintetica ricostruzione cfr. Tomeo, *La Kafala*, in www.comparazionediritto.civile.it, maggio 2013.

³ Per analisi comparatistiche, Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, 208, Cilardo, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, in *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea, Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli, E.S.I., 2011, 219 ss.; Long, *La kafalah come banco di prova per un diritto "interculturale"*, in *Minori e giustizia*, 2012, 254 ss.; Samperi, *La tutela dei minori di cultura islamica nell'Unione europea: l'istituto della kafalah in una prospettiva comparata*, in *rivista.camminodiritto.it*, 2019.

interamente privatistica non è appropriato, o per lo meno non lo è se si guarda al versante degli ordinamenti di origine.

Il motivo per cui codesto aspetto viene in rilievo nella più attuale giurisprudenza della Cassazione è in ciò: che nella kafalah consensuale l'omologazione giudiziale è tuttavia facoltativa, e può essere richiesta successivamente al sorgere del vincolo e comunque dalle sole coppie sposate da tre anni, di religione mussulmana, socialmente e moralmente idonee; le coppie straniere, invece, hanno tutt'altro onere, che è quello di sottoporsi alla prova della confessione islamica.

Ne consegue che in ipotesi di kafalah convenzionale può mancare, di fatto, l'omologazione, senza tuttavia che ciò implichi il venire meno anche dell'ipotetica funzione di strumento di protezione dei minori in stato di bisogno (quando non di vero e proprio abbandono).

3. - *Il riconoscimento di diritto interno a tutela del minore immigrato.*

Nel diritto italiano l'attenzione all'istituto della kafalah nasce per la necessità di stabilirne il margine di idoneità a fungere da titolo per i ricongiungimenti familiari ⁴.

Nella sostanza il problema si pone perché l'art. 29 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, (cd. 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.

Dopodiché la norma (al secondo comma) chiarisce pure che “i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli”.

Che la norma abbia come fondamento il diritto all'unità familiare e l'annessa tutela del minore è cosa ovvia, dal momento che così è intestato finanche il titolo IV nel quale è inserita.

⁴ Anche in tal caso i contributi dottrinali sono molteplici.

Indicativamente e per tutti, Carbone, *Minore extracomunitario affidato in kafalah a cittadino italiano*, in *Corr. Giur.* 2013, 1464 e ss.; Clerici, *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, 208 e ss.; Gelli, *Kafalah di diritto islamico ed altri atti stranieri di dismissione della potestà genitoriale: il giudizio di equiparazione ai fini del ricongiungimento familiare*, in *Fam. dir.*, 2012, 472 e ss.; Gelli, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione*, ivi, 2008, 677 e ss.; Gelli, *La kafalah di diritto islamico: prospettive di riconoscimento dell'ordinamento italiano*, ivi, 2005, 62 e ss.; Pizzolante, *La kafala islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 947 e ss.

Il punto attiene al significato da attribuire all'espressione "affidati", per via di una possibile interpretazione restrittiva o estensiva del lessico, in questo secondo caso finalizzata ad attribuire maggior tutela a tutte le possibili situazioni di interferenza con l'interesse del minore⁵.

Questa cosa è resa tuttavia problematica dal fatto che il concetto stesso di interesse del minore, per quanto individuato come oggetto di tutela prevalente rispetto a quella di interessi eventualmente confliggenti in base a fonti interne e internazionali, resta (in prospettiva) oltre che generico anche intrinsecamente ambiguo.

Esattamente è stato osservato che non è mai certo se esso debba essere apprezzato in astratto, con inevitabile proiezione su di esso delle soggettive impostazioni culturali dell'adulto che di volta in volta è chiamato a utilizzare tale concetto, ovvero in concreto, con rilievo dell'interesse specifico del singolo minore, e dunque con l'inevitabile conseguenza di doverlo poi apprezzare all'interno di un quadro familiare e culturale⁶.

4. - *Le iniziali diffidenze della Cassazione.*

L'atteggiamento della Cassazione a proposito del riconoscimento di efficacia dell'affidamento in kafalah nel diritto interno è stato per tale ragione, almeno all'inizio, molto prudente, quando non per certi versi manifestamente diffidente.

Una prima sentenza ha stabilito che i soggetti che in base all'istituto della kafalah proprio del diritto islamico (in quel caso si trattava del Regno del Marocco) hanno in custodia in Italia un minore cittadino del Paese soggetto a quel diritto non sono legittimati a proporre opposizione avverso la dichiarazione dello stato di adottabilità del medesimo minore pronunciata in Italia dal tribunale per i minorenni⁷.

Questo perché – si disse – la legittimazione ad agire, in quanto istituto di carattere processuale, è regolata dalla legge italiana (art. 12 della legge 31 maggio 1995, n. 218), e dunque dall'art. 17 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (nel testo originario, nella specie applicabile *ratione temporis*⁸).

E' parso decisivo osservare, così, che gli affidatari in base a kafalah non rientrano in alcuna delle categorie di soggetti (privati) legittimati secondo detta norma, non essendo né genitori, né parenti e nemmeno equiparabili al tutore – in quanto la kafalah attribuisce agli affidatari (per l'appunto) un semplice potere-dovere di custodia, ma non attribuisce la tutela, né la rappresentanza legale del minore.

⁵ Cfr. Salmè, *L'interesse del minore nelle società multiethniche*, in *Questione giustizia*, 2014, 120 e ss.

⁶ Salmè, *Op. loc. cit.*

⁷ Cass. Sez. 1, Sentenza n. 21395 del 04/11/2005.

⁸ E' bene rammentare che l'efficacia della modifica di esso – introdotta dall'art. 16 della legge 28 marzo 2001, n. 149 – è stata sospesa sino al 30 giugno 2002 dall'art. 1 d.l. 24 aprile 2001, n. 150, conv., con modif., nella legge 23 giugno 2001, n. 240, termine successivamente prorogato al 30 giugno 2003 dal d.l. 1° luglio 2002, n. 126, conv., con modif., nella legge 2 agosto 2002, n. 175, quindi al 30 giugno 2004 dal d.l. 24 giugno 2003, n. 147, conv., con modif., nella legge 1° agosto 2003, n. 200, poi al 30 giugno 2005 dal d.l. 24 giugno 2004, n. 158, conv., con modif., nella legge 27 luglio 2004, n. 188 e, da ultimo, al 30 giugno 2006 dal d.l. 30 giugno 2005, n. 115, conv., con modif., nella legge 17 agosto 2005, n. 168.

Nell'occasione la Suprema Corte ha aggiunto che finanche l'interpretazione del richiamato art. 17 della legge n. 184 del 1983 resta inidonea allo scopo, nel senso che tale norma non consente la legittimazione attiva di soggetti diversi da quelli ivi indicati, e in tal guisa non contrasta con i principi di cui agli artt. 24, primo comma, 30, secondo comma, 31, secondo comma, e 10, secondo comma, Cost., in relazione alla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione.

Tale assunto, criticato ben vero più sul versante della tutela della libertà religiosa che su quello della preminenza dell'interesse del minore, si è rivelato, nel tempo, non rispondente alla necessità di protezione che rileva nell'alveo dei ricongiungimenti.

Questo perché la materia dei ricongiungimenti richiede – diremmo per sua intrinseca natura - di operare su basi esegetiche evolutive, in considerazione dei nessi che possono determinarsi tra istituti di matrice (anche culturale) diversa.

Sulla scorta di simile constatazione qualche anno dopo è iniziato in Cassazione un lento cammino sotteso dalla presa d'atto dei punti di comunanza funzionale tra la kafalah e gli istituti interni a tutela del minore.

E in effetti non è seriamente discutibile che tra gli istituti della kafalah di diritto islamico e dell'affidamento nazionale di un minore prevalgano i punti in comune sulle differenze, per lo meno in proiezione dell'esigenza di tutela del minore affidato.

Codesto approccio, sicuramente più appropriato, è stato tuttavia circoscritto nell'alveo della kafalah in senso stretto, quella che cioè connotata in senso pubblicistico, mercé il rilievo che “quando non abbia natura esclusivamente negoziale” codesta finisce col rappresentare l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici nei confronti dei minori orfani, illegittimi o abbandonati.

Da ciò l'inferenza che esso (istituto) può fungere, come tale, da presupposto per il ricongiungimento familiare, e finanche dare titolo allo stesso ai sensi dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1998⁹.

Anche così circoscritto quell'approccio non è parso, tuttavia, espressione di una linea di tendenza totalmente condivisa, tanto da essere smentito dalla stessa Corte Suprema a distanza di un paio d'anni, con la considerazione che il vincolo di protezione materiale e affettiva derivante dalla kafalah non costituisce presupposto idoneo a giustificare l'ingresso in Italia di un minore straniero affidato a un cittadino italiano in virtù del predetto istituto, non essendo applicabile la disciplina del ricongiungimento familiare di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998, dettata a beneficio del cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante, ma quella di cui al d.lgs. n. 30 del 2007, emanato in attuazione della direttiva 2004/38-CE, riguardante l'ingresso, la circolazione e il soggiorno dei cittadini dell'Unione Europea e dei loro familiari (anche stranieri) nel territorio degli Stati membri. La quale,

⁹ Cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 7472 del 20/03/2008.

tuttavia, include nella nozione di "familiare", oltre ai discendenti diretti del cittadino o del suo coniuge, soltanto i minori che fanno ingresso in Italia ai fini dell'adozione internazionale.

Su questo concetto torneremo a breve.

Qui interessa dire è che, nell'occasione, la Corte non ha ritenuto di poter interpretare estensivamente neppure l'art. 29 citato, ai sensi dell'art. 28, comma secondo, del d.lgs. n. 286 del 1998, poiché questo, nel consentire l'applicazione delle norme più favorevoli, si riferisce (tale l'argomentazione) esclusivamente a quelle che disciplinano le modalità del ricongiungimento ¹⁰.

5. – *L'apertura verso la kafalah da parte delle Sezioni unite e la giurisprudenza successiva.*

La marcata differenza tra le possibili visioni in materia - l'una aperturista, l'altra decisamente più restrittiva e diffidente – ha trovato una chiave di volta allorché la kafalah è giunta all'attenzione delle Sezioni unite della Corte.

Con una pronuncia ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ. la Cassazione è giunta all'affermazione che non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore 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 ¹¹.

Nella motivazione è stato precisato ¹² 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).

Ciò vuol significare che in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino (di quel bambino al quale concretamente ci si riferisce) deve essere considerato sempre preminente.

¹⁰ Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4868 del 01/03/2010.

¹¹ Cass. Sez. U, Sentenza n. 21108 del 16/09/2013.

¹² In linea ben vero con quanto già indicato dalla citata sentenza della prima sezione n. 7472 del 2008.

Cosa d'altronde desumibile anche dagli artt. 2 e 30 cost., e soprattutto dall'art. 2, che invero è applicabile, per consolidato orientamento, anche agli stranieri maggiorenni o minorenni ¹³.

Questa posizione di più ampio respiro è parsa chiaramente applicabile anche alla materia oggetto di disciplina interna dell'immigrazione, ciò essendo la risultante proprio del citato art. 28 t.u. imm., secondo il terzo comma del 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.

In questa prospettiva il corredo argomentativo della sentenza delle Sezioni unite si è incentrato sulla ammissibilità dell'interpretazione estensiva (sebbene ovviamente non di quella analogica) dell'art. 29 del t.u. imm., con conseguente smentita delle distinte tesi avutesi invece in precedenza, replicate nella sede governativa.

Ed è appena il caso di ricordare che nell'interpretazione delle norme primarie il giudice deve sempre preferire quella conforme a Costituzione, cosa ribadita dalla richiamata sentenza delle Sezioni unite a petto del rilievo 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 ¹⁴, ma consente, in mancanza di regole di ermeneutica di diverso segno, l'interpretazione estensiva, specialmente quando sia l'unica costituzionalmente ammissibile e conforme ai principi affermati nelle norme sovranazionali, pattizie o provenienti da fonti dell'Unione Europea.

Nondimeno in tal guisa confermando quanto stabilito dalla citata Cass. n. 7472-08 anche le Sezioni unite si sono poste nell'ottica limitativa della kafalah pubblicistica, quella cioè non avente "natura esclusivamente negoziale", lasciando impregiudicato l'interrogativo più delicato avente a oggetto la sorte di affidamenti in kafalah per atto di diritto privato.

In altre parole, 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".

Sicché il progressivo affinamento della linea interpretativa attestata sull'esegesi estensiva ha conseguentemente richiesto, alla giurisprudenza successiva, di stabilire se il confine dell'interpretazione dovesse porsi all'interno o all'esterno della matrice considerata: vale a dire in rapporto ai soli istituti pubblicistici (come la "kafalah" tradizionale) eventualmente presenti nei diversi ambiti degli ordinamenti coranici, oppure anche oltre tali istituti, e in questo caso con quale limite, visto il fine di

¹³ In particolare v. C. cost. n. 199 del 1986, C. cost. n. 203 del 1997, C. cost. n. 376 del 2000.

¹⁴ Come del resto aveva puntualizzato Cass. Sez. 1 n. 25661-10, cit.

dare tutela a situazioni nelle quali l'interesse del minore al ricongiungimento risulti tradotto in atti di affidamento puro e semplice a una persona maggiorenne.

Codesta evenienza è stata considerata da due decisive pronunce, entrambe concordi nel rispondere affermativamente al dettato dalla seconda possibile alternativa.

Una pronuncia ha ritenuto che la kafalah convenzionale, istituto di affidamento familiare proprio di alcuni ordinamenti giuridici che si ispirano all'insegnamento del corano, non ha quale presupposto una situazione di abbandono del minore bensì di semplice difficoltà o inadeguatezza dell'ambiente familiare originario, sicché non cancella il rapporto di filiazione, ma si propone di assicurare al minore l'opportunità di vivere in una situazione più favorevole alla sua crescita. Pertanto, la valutazione circa la possibilità di consentire al minore l'ingresso in Italia e il ricongiungimento con l'affidatario, anche se cittadino italiano, che non può essere esclusa in considerazione della natura e della finalità dell'istituto della kafalah negoziale, deve essere effettuata caso per caso in considerazione del superiore interesse del minore ¹⁵.

La seconda ha considerato che, in tema di visto per ricongiungimento familiare, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998, anche alla luce dell'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e dell'art. 24 della Carta di Nizza, impone di non escludere che la norma possa essere estesa anche ai minori affidati mediante kafalah di tipo negoziale, dovendosi comunque valutare la rispondenza del provvedimento al preminente interesse del minore, atteso che quella convenzionale, pur non equiparabile alla kafalah di natura pubblicistica, mira pur sempre a far godere al minore maggiori opportunità di crescita e migliori condizioni di vita, salvaguardando il rapporto con i genitori. E nella specie ha cassato il provvedimento della corte d'appello - che aveva confermato l'annullamento del diniego del visto per ricongiungimento familiare, richiesto da un cittadino straniero in favore del fratello minore, a lui affidato dalla madre mediante atto notarile - poiché, ritenendo erroneamente non pertinente l'istituto islamico della kafalah, quel provvedimento si era limitato a equiparare il caso in esame all'ipotesi di cui all'art. 9, comma 4, l. n. 184 del 1983, ritenendolo quindi non in contrasto con l'ordinamento nazionale, senza avere accertato la ragione pratico-giuridica dello specifico affidamento e la sua compatibilità con l'ordinamento di provenienza e senza avere valutato se esso fosse, alla luce della concreta situazione personale e familiare del minore, coerente con il suo superiore interesse ¹⁶.

6. - *Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria.*

L'approccio di codeste due decisioni sembra confortato dalla giurisprudenza comunitaria, e in particolare dalla sentenza 26 marzo 2019 della Corte di giustizia (causa C-129/2018).

¹⁵ Cass. Sez. 1 - Sentenza n. 1843 del 02/02/2015.

¹⁶ Cass. Sez. 1 - Sentenza n. 25310 del 11/11/2020.

Il quadro di sintesi è il seguente.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione dell'articolo 2, punto 2, lettera c), nonché degli artt. 27 e 35, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri ¹⁷.

Tale domanda era stata presentata nell'ambito di una controversia tra una cittadina algerina e l'Entry Clearance Officer, UK Visa Section (agente incaricato di esaminare le domande di permesso di ingresso, sezione dei visti, nel Regno Unito), in merito al rifiuto di quest'ultimo di concedere all'interessata un permesso di ingresso nel territorio del Regno Unito in qualità di figlia adottiva di un cittadino dello Spazio economico europeo.

Era dunque in questione la kafalah algerina.

Naturalmente non è possibile dar conto, in questa sede, dell'intera problematica agitata dal rinvio pregiudiziale.

E' sufficiente sottolineare i seguenti passaggi, che nella decisione della Corte di giustizia hanno assunto funzione caratterizzante.

Innanzitutto la Corte ha rilevato che la nozione di "discendente diretto", che viene in considerazione in casi simili, rinvia all'esistenza di un legame di filiazione, in linea diretta, che unisce la persona interessata a un'altra persona; cosicché in mancanza di qualsiasi legame di filiazione tra il cittadino dell'Unione e il minore interessato, quest'ultimo non può essere qualificato come "discendente diretto" del primo, ai sensi della direttiva 2004/38-CE.

Tuttavia, pur se tale nozione riguarda l'esistenza di un legame di filiazione biologica, occorre nondimeno ricordare che, conformemente a una giurisprudenza costante, la direttiva citata mira a facilitare l'esercizio del diritto fondamentale e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, conferito direttamente ai cittadini dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, del TFUE.

E ha l'obiettivo di rafforzare il suddetto diritto.

Ne segue che, secondo la Corte di giustizia, le disposizioni della direttiva 2004/38-CE, ivi compreso il suo articolo 2, punto 2, devono essere interpretate estensivamente, all'opposto di quanto invece ritenuto dal più restrittivo orientamento della Corte di cassazione.

La conseguenza è determinante.

La nozione di legame di filiazione va intesa sempre in senso ampio, cosicché da ricomprendere qualsiasi legame di filiazione, sia esso di natura biologica o giuridica. E di riflesso la nozione di discendente diretto di un cittadino dell'Unione deve essere intesa nel senso di comprendere tanto il

¹⁷ La Direttiva citata – si rammenta – ha inciso modificandolo sul regolamento (CEE) n. 1612/68 e ha abrogato le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

figlio biologico quanto il figlio adottivo di tale cittadino, allorché è dimostrato che l'adozione crea un legame di filiazione giuridica tra il minore e il cittadino dell'Unione interessati.

La stessa esigenza di interpretazione estensiva non può giustificare un'interpretazione eguale ove si tratti di minore sottoposto a tutela legale di un cittadino dell'Unione. E quindi astrattamente il fatto che un minore sia posto sotto il regime della kafalah algerina non crei un legame di filiazione tra il minore e il suo tutore fa sì che quel minore non possa essere considerato un discendente diretto di un cittadino dell'Unione nel senso indicato.

Egli rientra però nella nozione di "altro familiare" di cui all'art. 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38-CE.

E ai sensi di tale disposizione, gli Stati membri, conformemente alla loro legislazione nazionale, debbono comunque agevolare l'ingresso e il soggiorno di «ogni altro familiare, (...), se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale».

Ne segue che anche i termini utilizzati nella suddetta disposizione sono, secondo la Corte di giustizia, idonei a comprendere la situazione di un minore che è stato posto, presso cittadini dell'Unione, sotto un regime di tutela legale quale la kafalah algerina e del quale tali cittadini si sobbarcano il mantenimento, l'istruzione e la protezione in forza di un impegno assunto sulla base del diritto del paese d'origine del minore stesso.

Difatti l'obiettivo dichiarato dell'art. 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva citata consiste, come risulta dal Considerando 6 della medesima, nel «preservare l'unità della famiglia in senso più ampio», agevolando l'ingresso e il soggiorno delle persone non rientranti nella definizione di «familiare» di un cittadino dell'Unione ma che tuttavia presentano vincoli familiari stretti e stabili con un cittadino dell'Unione in ragione di circostanze di fatto specifiche, quali una dipendenza economica, un'appartenenza al nucleo familiare o gravi motivi di salute¹⁸.

A sua volta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo emerge che le relazioni affettive che un minore in regime di kafalah intrattiene con il suo tutore possono rientrare nella nozione di vita familiare¹⁹, considerato il tempo trascorso insieme, la qualità delle relazioni e il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del minore²⁰.

Secondo tale giurisprudenza, l'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali mette l'individuo al riparo dalle ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri e impone a questi ultimi, allorché sia accertata l'esistenza di un vincolo familiare, di consentire a

¹⁸ E' il caso di ricordare che secondo la giurisprudenza della Corte, l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 impone agli Stati membri l'obbligo di concedere un certo vantaggio alle domande presentate dai cittadini di Stati terzi indicati da tale disposizione rispetto alle domande di ingresso e di soggiorno di altri cittadini di Stati terzi: v., in tal senso, le sentenze 5 settembre 2012, Rahman e a., C-83/11, e 12 luglio 2018, Banger, C-89/17.

¹⁹ Cfr. in tema Di Pietro, *La kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, 91 e ss.

²⁰ Così Corte EDU, 16 dicembre 2014, Chbihi Loudoudi e a. c. Belgio

tale vincolo di svilupparsi e di accordare una tutela giuridica che renda possibile l'integrazione del minore nella sua famiglia.

Poiché dunque l'art. 7 della Carta deve essere inteso congiuntamente all'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore ²¹, la giurisprudenza formatasi in sede europea induce a una conclusione non più confutabile.

La conclusione è che per rispettare tali disposizioni incombe alle autorità nazionali competenti, in sede di attuazione dell'obbligo di agevolare l'ingresso e il soggiorno degli altri familiari, di procedere a una valutazione equilibrata e ragionevole di tutte le circostanze attuali e pertinenti del caso di specie, tenendo conto di tutti gli interessi presenti e, in particolare, dell'interesse superiore del minore interessato.

E tanto si impone sia alle autorità politiche, in sede di normazione primaria, sia anche al giudice in sede di interpretazione delle norme interne associabili al fine.

Detto altrimenti: la nozione di discendente diretto di un cittadino dell'Unione contenuta all'art. 2, punto 2, lettera c), della direttiva 2004/38-CE, deve essere interpretata nel senso che essa non ricomprende un minore posto sotto la tutela legale permanente di un cittadino dell'Unione a titolo di kafalah (nella specie algerina), in quanto tale sottoposizione non crea alcun legame di filiazione tra loro; ma è pur sempre compito delle autorità nazionali competenti agevolare l'ingresso e il soggiorno di un minore siffatto in quanto altro familiare di un cittadino dell'Unione, procedendo a una valutazione equilibrata e ragionevole di tutte le circostanze attuali e pertinenti del caso di specie, che tenga conto dei diversi interessi presenti e, in particolare, dell'interesse superiore del minore in questione; e nell'ipotesi in cui, in esito a tale valutazione, sia stabilito che il minore e il suo tutore, cittadino dell'Unione, sono destinati a condurre una vita familiare effettiva e che tale minore dipende dal suo tutore, i requisiti connessi al diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, considerati congiuntamente all'obbligo di tener conto dell'interesse superiore del minore, esigono che sia concesso al suddetto minore un diritto di ingresso e di soggiorno al fine di consentirgli di vivere con il suo tutore nello Stato membro ospitante di quest'ultimo.

7. - Conclusioni.

Il tracciato fin qui compiuto consente di declinare un quadro conclusivo sufficientemente chiaro.

Benché frutto di un cammino giurisprudenziale lento e in parte tortuoso l'attribuzione di rilevanza della kafalah nell'ordinamento interno - e finanche nell'alveo del diritto dell'Unione Europea - è oggi un fatto.

²¹ In tal senso le sentenze del 27 giugno 2006, Parlamento/Consiglio, C-540/03; 23 dicembre 2009, Detiček; 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15.

Per non contraddire gli artt. 2 e 3 cost., la tutela di un minore affidato in kafalah a un cittadino dell'Unione non può essere diversa dalla tutela del medesimo minore affidato in kafalah a un cittadino extraeuropeo.

Non deve tradire l'equiparazione delle tipologie di kafalah, poiché anche la kafalah privatistica, sulla quale maggiori sono statisticamente le discordanze di vedute, è negli ordinamenti di derivazione islamica un istituto soggetto a controllo pubblico, identificabile, per lo più, nella necessità di omologazione.

E' così formalmente, ma non sempre lo è anche effettivamente, vale a dire in base a ciò che effettivamente accade rispetto alle possibili deviazioni concesse dagli ordinamenti coranici a chi non intenda richiedere l'omologazione dell'accordo.

Ciò in qualche misura ridimensiona l'ambito delle divergenze, ma comporta anche e necessariamente questo: che l'accertamento del giudice chiamato a decidere sul diritto al ricongiungimento non può esser limitato dal riscontro di elementi di rango formale.

Il giudice deve orientarsi ricostruendo la effettiva ragione pratico-giuridica dell'affido in kafalah, ove lo strumento impiegato sia di tipo latamente privatistico, giacché un atto consimile è potenzialmente utilizzabile anche a fine elusivo delle norme del Paese ospitante. E quindi deve fornire giustificazione della decisione assunta considerando, per un verso, le norme di diritto interno dello Stato di provenienza, onde verificare se il ricorso a un istituto del genere sia in quello Stato ammesso e con quale finalità; e per altro i principi enucleati nel diritto del minore di condurre una vita familiare effettiva e nei requisiti connessi al diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, considerati congiuntamente all'obbligo di tener conto dell'interesse concreto (superiore) del minore medesimo.