

Cassazione, sentenza 23 settembre 2011, n. 19450

RITENUTO IN FATTO E IN DIRITTO

1.- Con ricorso L. n. 218 del 1995, ex artt. 66/67, depositato in data 23 aprile 2008 D.B.L. e L.M. premesso che, con ordinanza n. 205/07 emessa in data 28 novembre 2007, il Tribunale di Prima Istanza di Casablanca (Marocco), in accoglimento della domanda da essi proposta aveva affidato loro il minore A.R., ricoverato presso l'istituto "(OMISSIONIS)" di (OMISSIONIS) e bisognoso di tutela versando in stato di totale abbandono; che il detto bambino era affetto da una grave patologia dermatologica per la quale si rendeva necessario il ricorso a cure mediche presso la struttura sanitaria italiana "(OMISSIONIS)", con sede in Roma; che avevano conseguentemente interesse a far dichiarare efficace in Italia l'ordinanza di affidamento, in considerazione delle esigenze di salute del bambino; hanno chiesto alla Corte di appello di Roma che fosse dichiarato efficace in Italia il suddetto provvedimento del Tribunale di Casablanca avente ad oggetto l'affidamento del minore A.R..

Con decreto depositato in data 30.11.2009 la Corte di merito ha accolto la domanda e ha dichiarato l'efficacia in Italia dell'ordinanza avente ad oggetto l'affidamento ai ricorrenti del minore A.R..

Ha osservato la Corte di appello che il tipo di affidamento previsto dall'ordinamento del Marocco (ivi definito "kafalah") presenta significativi tratti comuni con l'istituto italiano dell'affidamento essendo detti istituti entrambi di natura provvisoria e preordinati alla protezione del minore senza con ciò incidere sullo stato civile del medesimo.

Ha richiamato Cass., 7472/08, secondo la quale la "kafalah islamica" può in definitiva essere equiparata al nazionale affidamento, accostandosi peraltro all'adozione (estranea all'ordinamento marocchino) dal momento che si prolunga tendenzialmente sino alla maggiore età dell'affidato.

L'asserito fondamento negoziale dell'istituto islamico, che si concreterebbe nella mera presa d'atto da parte del giudice locale della volontà espressa dalle parti senza alcuno specifico approfondimento, non trovava peraltro corrispondenza nella documentazione in atti dalla quale si evinceva che l'ordinanza di affidamento del bambino R., che versava in stato di abbandono, in realtà era stata emessa all'esito di una incisiva attività istruttoria svolta dall'autorità giudiziaria, con la partecipazione del pubblico ministero che aveva rassegnato le proprie conclusioni, volta a verificare la sussistenza delle condizioni per farsi luogo all'affido del minore ai due richiedenti.

Tale attività prodromica all'emersione del provvedimento risultava essersi tradotta in vere e proprie indagini assegnate ad una apposita giuria istituita dal "codice di presa a carico" che si era conclusa con un giudizio positivo con riguardo all'idoneità degli aspiranti affidatari, e ciò deponeva per l'esclusione di una funzione meramente notarile dell'organo decidente. La sommarietà tipica del procedimento volontario non esclude, secondo la Corte di merito, il previo espletamento di una penetrante verifica della sussistenza di ben precisi requisiti per poter essere ammessi all'affidamento, come indirettamente confermato dalla esistenza di condizioni di tutela che, nella specie, erano risultate sussistenti in quanto ricomprese nella documentazione allegata alla pratica. Testualmente, poi, ha affermato: "Non pare pertanto dubitabile che, nel quadro di una siffatta accurata attenzione ai requisiti degli affidatari ed allo stato del minore, abbia avuto un ruolo preciso anche la volontà dei genitori dell'affidato, a condizione che, atteso lo stato di abbandono di quest'ultimo (ricoverato in un apposito istituto), si sia in concreto resa possibile l'audizione degli stessi. Tutto ciò non solo non esclude che il provvedimento sia stato adottato nell'ambito di un procedimento svolto in piena salvaguardia dei principi del contraddittorio e di legalità, garantiti anche dalla partecipazione del pubblico ministero concludente, ma denota una sostanziale sintonia con la corrispondente procedura nazionale pur con le differenze caratteristiche dei due diversi ordinamenti".

Pertanto la Corte di merito ha escluso la sussistenza, nell'istituto della "kafalah", di elementi di contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative del diritto nazionale ostativi al riconoscimento dell'efficacia di quell'affidamento nell'ordinamento nazionale italiano.

Il ricorso, infine, era ammissibile ai sensi della L. n. 218 del 1995, art. 67, comma 2, stante la controversa reciprocità in materia di affidamento di minori, risultando il negativo orientamento

espresso dal Consolato Generale d'Italia a Casablanca circa l'immediata efficacia in Italia dell'atto di affidamento di un minore emesso dal Tribunale del Marocco secondo la tradizione della "kafalah".

1.1.- Contro il predetto decreto il Ministero degli Affari Esteri ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi.

Gli intimati non hanno svolto difese.

2.1.- Con il primo motivo il Ministero ricorrente denuncia "Violazione e falsa applicazione della L. n. 218 del 1995, artt. 41, 64, 65, 66 e 67, art. 360 c.p.c., n. 3".

Deduco che la fattispecie in esame non rientra affatto nell'ambito della L. n. 218 del 1995, art. 67, ma in quella dell'art. 41 della citata legge, intitolato "riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di adozioni", secondo cui "restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori". Con la conseguenza che nella materia in questione non si applicano le disposizioni di cui alla L. n. 218 del 1995, artt. 64 ss., ma quelle, speciali, di cui alla L. n. 476/98 che disciplina l'adozione internazionale.

La domanda avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile, in primo luogo per essere il giudice adito incompetente funzionalmente per materia.

2.2.- Con il secondo motivo il Ministero ricorrente denuncia "Violazione e falsa applicazione della L. n. 218 del 1995, artt. 41, 64, 65, 66 e 67, art. 360 c.p.c., n. 3".

Deduco che la Corte di appello avrebbe dovuto prioritariamente valutare il provvedimento marocchino costitutivo della kafalah alla luce dei requisiti fissati dalla L. n. 218 del 1995, art. 64, nonché, rientrando esso nel novero dei provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone ed all'esistenza dei rapporti di famiglia, anche della L. n. 218 del 1995, art. 65, appunto intitolato "Riconoscimento di provvedimenti stranieri". In punto di ordine pubblico il ricorrente rileva come sia impossibile dare ingresso in Italia ad un provvedimento, sia esso giurisdizionale o negoziale, che, pur positivamente deliberato, è comunque ineseguibile perché contiene un oggetto sconosciuto all'ordinamento, essendo stato assunto al solo e dichiarato scopo di dare ingresso al minore in palese violazione ed obliterazione delle regole contenute nella normativa sull'adozione internazionale.

Deduco che il provvedimento di kafalah, a prescindere da ogni considerazione circa la sua natura, non costituisce atto delibabile in Italia essendo privo dei presupposti richiesti dalla legge perché, tra l'altro, contrario all'ordine pubblico nazionale come reso palese dal fatto che la stessa L. n. 218 del 1995 ha sottratto la materia dell'adozione dei minori dal suo campo applicativo.

3.1.- Il primo motivo del ricorso è fondato e il suo accoglimento comporta l'assorbimento della seconda censura.

Va innanzitutto evidenziato che la Corte di merito ha operato un richiamo alla giurisprudenza di questa Corte che non si attaglia alla concreta fattispecie. Per converso, appare applicabile il principio più di recente affermato da questa Sezione secondo cui l'interpretazione estensiva affermata da questa Corte con le 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 nè voglia, nè 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 (L. 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 soprannazionali, impedisce alcuna elusione o disapplicazione" (Sez. 1, Sentenza n. 4868 del 2010).

Già da tempo, peraltro, questa Corte ha evidenziato che la L. n. 218 del 1995, nell'abrogare (ex art. 73), a far data dal 31 dicembre 1996, gli artt. 796 ss. c.p.c., dettati in tema di delibazione di

sentenze straniere (sostituendo ad essi un riconoscimento "tendenzialmente" automatico di tale pronunce al loro passaggio in giudicato: della Legge citata, artt. 64 ss.), ha fatto salve, all'art. 41, le disposizioni delle leggi speciali in tema di adozioni di minori, così predicando il perdurante vigore (e la prevalenza) della disciplina speciale dell'adozione internazionale di minori rispetto alle previsioni di carattere generale di cui alla riforma del diritto internazionale privato. Ne consegue l'applicabilità, "in "subiecta materia", della L. 31 dicembre 1998, n. 476 (recante ratifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori adottata all'Aja il 29 maggio 1993), che ha radicalmente modificato la disciplina dell'adozione internazionale, sostituendo al procedimento di delibazione del provvedimento straniero dettato dalla L. n. 184 del 1983, art. 32, una complessa procedura che si snoda in più fasi, analiticamente disciplinate dai novellati artt. 29 e ss., ed affida al tribunale dei minorenni i poteri in dette norme previste, tra l'altro disponendo, all'art. 36, comma 1, che l'adozione internazionale dei minori provenienti da Stati che hanno ratificato la Convenzione può avvenire "soltanto con le procedure e gli effetti previsti dalla presente legge". (Sez. 1, n. 1155/2004; Sez. 1, n. 5376/2006).

Anche di recente questa Corte ha ribadito che a norma, della L. n. 218 del 1995, art. 41, comma 2, gli artt. 64 e 66 non si applicano in materia di adozione di minori, applicandosi in tale materia le disposizioni speciali vigenti, quali sono quelle stabilite dalla L. n. 476 del 1998, di ratifica della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 (Sez. 1^a, n. 3572/2011; n. 6079/2006) e, in particolare, le norme di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 36, come modificata dalla cit. legge.

Nè rileva, in proposito, che la kafalah sia stata assimilata da questa Corte (e dal provvedimento impugnato) all'affidamento familiare piuttosto che all'adozione, posto che nella L. n. 184 del 1983, art. 35, comma 6, lett. d), si fa espresso riferimento all'"adozione o l'affidamento stranieri".

Il provvedimento impugnato, dunque, deve essere cassato senza rinvio ai sensi dell'art. 382 c.p.c. perchè la domanda L. n. 218 del 1995, ex art. 67, comma 2, non poteva essere proposta e ciò non per questioni attinenti alla competenza del tribunale per i minorenni bensì per la specialità del rito inderogabilmente disciplinato dalla L. n. 183 del 1984.

La novità della questione (delibrazione di provvedimento di kafalah) giustifica la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso, dichiara assorbito il secondo e cassa senza rinvio, ai sensi dell'art. 382 c.p.c., comma 3, il provvedimento impugnato, compensando le spese processuali. In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi delle parti a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, in quanto imposto dalla legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 16 giugno 2011.

Depositato in Cancelleria il 23 settembre 2011