



## LA KAFALA

TIZIANA TOMEIO

SOMMARIO: 1. L'istituto della Kafala e prospettive di attuazione in Italia – 2. La Kafala nei paesi islamici ed in Europa – 3. La disciplina prevista dalle Convenzioni Europee e le decisioni delle Corti Italiane – 4. Terza variazione: la designazione dell'amministratore di sostegno in previsione della propria incapacità. – 5. Segue: designazione effettuata dall'interessato, designazione "negativa", designazione ad opera del genitore superstite e ruolo del notaio. – 6. Segue: la pubblicità dell'atto. – 7. Considerazioni conclusive.

1. La *Kafala* è un istituto giuridico del diritto islamico attraverso il quale un giudice affida la protezione e la cura di un minore (*maksful*) ad un soggetto (*kafil*); quest'ultimo, nella maggioranza dei casi rappresenta un parente che curerà la crescita e l'istruzione del minore (privato temporaneamente o stabilmente del proprio ambiente familiare), pur non creando alcun legame parentale tra gli stessi e senza rescindere il vincolo di sangue del minore con la famiglia d'origine.<sup>1</sup>

Esso è regolamentato nella legislazione speciale, in particolare nel *dahir portant loi* n. 1-02-172 del 13 giugno 2002 (1 rabii 1423), intitolato alla "*prise en charge des enfants abandonnés*" e deriva da un atto notarile privato, stipulato tra le parti e normalmente omologato davanti al Tribunale.

A differenza di quanto accade nei sistemi giuridici eurocentrici, gli ordinamenti di derivazione islamica non solo non contemplan l'istituto dell'adozione, ma addirittura lo vietano<sup>2</sup>, ciò sul presupposto che il rapporto di filiazione debba essere

---

<sup>1</sup> I coniugi attraverso la *kafalah* (ma l'istituto può trovare esplicazione anche quando il rapporto nasce monogenitorialmente), s'impegnano davanti ad un giudice, a provvedere alle esigenze di vita di un *maksful* (minore abbandonato); questi non entrerà a far parte giuridicamente della famiglia che lo accoglie e non acquisisce né il nome né tanto meno i diritti ereditari del *kafil* (ad eccezione del caso in cui non sia egli stesso, attraverso una dichiarazione testamentaria, ad inserire il *maksful* nel proprio testamento, equiparandolo ad uno dei suoi eredi).

<sup>2</sup> Il divieto coranico dell'adozione, trova origine da un episodio (verso 37) della vita di Maometto. *Zayd b Muhammad* è il figlio adottivo di Maometto, appartenente ad una tribù siriana insediata nell'area di Dumat al-Jandal, lungo la frontiera siro-arabica; Zayd fu acquistato come schiavo da Khadija, moglie di Maometto, che lo regalò al marito prima che egli ricevesse la prima Rivelazione coranica. Entrando in casa del figlio adottivo, Maometto fu turbato dalla bellezza della nuora che, nell'intimo della casa e intenta alle faccende, era alquanto discinta. Il mostrarsi ai parenti con cui esisteva un preciso interdetto matrimoniale era fatto perfettamente legittimo ma Zaynab si accorse del



rigidamente ancorato alla generazione biologica poiché la famiglia è di origine divina, mentre la filiazione è esclusivamente espressione della volontà di Dio e pertanto, la persona umana non possiede le facoltà di costituire artificialmente tale rapporto.

Siffatto orientamento viene avvalorato dalla considerazione che vuole il rapporto di filiazione sorto e sviluppato esclusivamente all'interno di un legame lecito tra i genitori, infatti, al diritto islamico è sconosciuta anche la nozione di filiazione illegittima, con la conseguenza che gli istituti preposti alla tutela di questo specifico fenomeno mancano del tutto.

E' proprio nell'ambito della categoria dei rapporti di filiazione naturale che si evidenzia, in modo significativo, il raffronto con gli istituti estranei alla tradizione giuridica di diritto familiare occidentale. Istituto del diritto islamico positivo, la *kafala* trova ispirazione nel principio coranico in base al quale ogni buon mussulmano è tenuto ad aiutare i bisognosi, in particolare gli orfani.

Presupposti dell'applicazione dell'istituto sono la dichiarazione d'abbandono del minore e l'accertamento dell'identità dell'aspirante *kafil*.<sup>3</sup>

Particolarmente diffusa nei paesi islamici è la *kafala* consensuale, basata su di un accordo tra la famiglia d'origine e quella d'accoglienza, siglato davanti ad un giudice od un notaio. Secondo la legge marocchina (art. 2 legge del Regno del Marocco n. 15.01 relativa alla "*kafalah* di minori abbandonati" promulgata con *dahir* n. 1-02-172 del 136/2002, in Long, 2010, 836) il *kafil* è tenuto a "farsi carico della protezione, dell'educazione e del mantenimento di un minore abbandonato, esattamente come farebbe un genitore con il proprio figlio".

Tale particolarità rende in modo chiaro molto simile agli istituti di tutela occidentale, la nuova legge Marocchina. Il *kafil* infatti, attraverso un provvedimento giudiziale viene nominato tutore del minore con annotazione della *kafalah* nel suo atto di nascita.

Nella *kafalah* consensuale, l'omologazione giudiziale è facoltativa e può essere richiesta successivamente al sorgere del vincolo e comunque dalle coppie sposate da tre anni, di religione mussulmana, socialmente e moralmente idonee; le coppie straniere invece, hanno l'onere di sottoporsi alla prova della confessione islamica.

---

sentimento provato dal Profeta e ne parlò al marito. Questi la ripudiò immediatamente per lasciar libero Maometto di agire. Il divieto di contrarre matrimonio in presenza di vincoli parentali stretti, ivi compresa la "parentela" acquisita per adozione (era escluso il solo caso del "matrimonio preferenziale" tra cugini), fu superato da una Rivelazione divina che dichiarava la parentela adottiva non assimilabile in tutto e per tutto alla parentela agnaticia, cosicché Maometto e Zaynab ebbero la possibilità di sposarsi.

<sup>3</sup>Il *kafil* deve essere maggiorenne, appartenere alla religione islamica, avere la capacità di far fronte alle responsabilità che derivano dall'impegno di protezione assunto. In ogni caso la *kafala* è revocabile e termina con il raggiungimento della maggiore età del *makful*.



Appurata l'esistenza dei requisiti necessari, le coppie devono essere sottoposte ad una commissione amministrativa la quale svolge una duplice inchiesta sugli aspiranti affidatari. Se l'inchiesta è favorevole, il governatore della Prefettura (*wali*) acconsente alla *kafalah* sulla quale è il giudice minorile a dover vigilare.

E' importante evidenziare che la caratteristica fondamentale della *kafala*, ovvero la sua inidoneità a far sorgere alcun tipo di rapporto di filiazione, chiarisce perché la pubblica autorità competente per la tutela dei minori mantenga un diritto dovere di vigilanza sull'andamento dell'inserimento del minore nel nucleo familiare. La stessa *ratio* giustifica la previsione in virtù della quale l'autorizzazione all'espatrio spetti al console del Marocco competente per l'area dove il minore e la famiglia affidataria risiedono.

Dalle premesse formulate si desume che la *kafala* si differenzia dall'adozione, rispetto alla quale sarebbe addirittura incompatibile, non determinando la costituzione di alcun rapporto di filiazione che è sostitutivo ed alternativo al biologico od a quello fondato sullo stato coniugale. Il *kafil* è bene precisarlo, assume un complesso di poteri e doveri coincidenti con quelli del tutore, ma non del titolare della potestà genitoriale poiché non caratterizzati dalla legale rappresentanza del minore. La natura temporanea<sup>4</sup> (sino al compimento del diciottesimo anno d'età) ancorché stabile e continuativa del vincolo della *kafala*, la differenza inoltre, dall'assunzione degli obblighi educativi, di cura e di mantenimento che sono previsti nell'art.5 della l. n. 184 del 1983 (così come modificata dalla l. n. 149 del 2001) a carico dell'affidatario. Il binomio *kafala*-affidamento preadottivo difficilmente può coesistere, infatti, l'istituto islamico non può essere dichiarato efficace in Italia ai sensi dell'art. 36, comma 2 della legge 4 maggio 1983 n.184 e ciò sul presupposto che un'equiparazione rischierebbe di creare una situazione d'incompatibilità all'interno della quale il minore diverrebbe potenzialmente figlio legittimo sia dei suoi genitori adottivi che di quelli biologici. Tale ostacolo però, può essere superato se si prende in considerazione l'art.44 della legge sull'adozione che prevede l'istituto dell'adozione in casi particolari; una serie di ipotesi tassative tra cui l'impossibilità dell'affidamento preadottivo del minore il quale sia già inserito in un contesto familiare ed abbia consolidato una relazione affettiva tale che farebbe immaginare un eventuale allontanamento come ipotesi gravemente pregiudizievole. La disciplina dell'art. 44 renderebbe, dunque, compatibili la *kafala* e l'adozione: così come l'istituto islamico, l'adozione in casi particolari ha un effetto meramente aggiuntivo e consente anche a chi non è coniugato di adottare minori nei casi tassativi di cui alle lettere a,c,d, del comma I.

In tali ipotesi, l'art.55 della legge sull'adozione prevede la vigenza dello stesso regime delle adozioni delle persone maggiori d'età, di talché l'adottato assume il nome

---

<sup>4</sup> Nella *kafala* il particolare rapporto tra *mosul* e *kafil* s'instaura sino al compimento del diciottesimo anno d'età del *mosul* mentre il limite massimo dell'affido familiare è di due anni.



dell'adottante senza sostituirlo, ma anteponendolo al proprio e conservando tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia d'origine.<sup>5</sup>

2. Nei paesi arabo-musulmani v'è una pressochè uniforme regolamentazione delle disposizioni che disciplinano la *kafala*, infatti:

In Tunisia essa è un contratto con cui una persona maggiorenne, o anche un ente di assistenza, s'impegna davanti a due notai, a prendersi cura di un minore fino al compimento della maggiore età del fanciullo. Nonostante il contratto, il minore conserva tutti i diritti (il suo nome e il diritto successorio) derivanti dalla sua filiazione naturale e la *kafala* può avere termine prima del compimento del diciottesimo anno di età del minore, se lede l'interesse superiore di quest'ultimo.

La Libia invece, è molto più perentoria nel circoscrivere il ricorso alla *kafala* solo nell'ipotesi in cui il minore risulti effettivamente abbandonato in quanto figlio di genitori ignoti. In tale ipotesi, il minore può rimanere affidato a chi lo ha trovato, solo fino al momento in cui non viene rivendicato da altri e sempre se la famiglia affidataria abbia determinate caratteristiche, ossia l'età degli affidatari che non deve superare i 50 anni, che la famiglia affidataria sia libica e musulmana ed abbia uno *status* economico e morale solido.

Appare decisamente innovativa rispetto alle norme convenzionali, la regolamentazione della *kafala* in Algeria<sup>6</sup> dove è definita espressamente come “un impegno a titolo gratuito” mentre il minore, raggiunta l'età del discernimento (7 anni), può decidere di fare ritorno oppur no dai genitori naturali.

Al contrario, non si parla più di *kafala*, ma di *usra badila* (famiglia sostitutiva) in Egitto, ponendo l'accento sul dato di fatto che la *kafala* non è un istituto di diritto islamico ma un elemento di origini recenti. Assume in tal modo, una particolare connotazione il ruolo della famiglia sostitutiva, continuando a dare importanza alla cura del minore, a partire però dai 2 anni di età, poichè prima del compimento dei 2 anni appunto, non può esserci *kafala* in Egitto in virtù della motivazione che vuole la madre naturale titolare del compito di allattare il bambino.

In Marocco infine, aldilà delle ordinarie caratteristiche dell'istituto che consistono nel garantire al minore il diritto alla salute, all'identità, alla custodia e al mantenimento, pur rimanendo comunque un contratto da stipulare per vie giudiziarie, prevede la possibilità per il *kafil* di nominare il minore come suo erede e di dargli anche il suo cognome, creando quindi rapporti di filiazione alla stessa stregua di un figlio naturale.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Cfr. Gelli "La *Kafala* di diritto islamico: prospettive di riconoscimento nell'ordinamento italiano", commento a corte d'Appello di Bari, 16/04/2004 decr. in *Famiglia e Diritto*.

<sup>6</sup> Così R. CLERICI, "La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale", in *Fam. e dir.*, 2009, p. 208

<sup>7</sup> M.ORLANDI, "La *kafala* islamica e la sua riconoscibilità quale adozione", in *Dir. Famiglia*, 2005, pp 2, 635.



Inquadrare la *kafala* negli ordinamenti degli stati islamici, appare alquanto normale e scontato, invece, l'innovazione è rappresentata dal tentativo di studiare discipline e strumenti a protezione del minore nell'ambito degli stati europei, al fine di far emergere non solo le similitudini ma anche le diversità, rispetto agli istituti tradizionalmente intesi.

Infatti, il Belgio con la legge del 2005, ha introdotto una disciplina specifica per l'adozione dei minori provenienti dai Paesi la cui legge nazionale non conosce o proibisce l'adozione (Art.361-5 codice civile).

Ad ogni modo, la procedura per il riconoscimento di un provvedimento di *kafala* che sia prodromico all'adozione, è rigorosa e implica il verificarsi di determinate condizioni.

Gli adottanti infatti, ottenuto il provvedimento d'idoneità, sono tenuti a seguire la procedura e la proposta di abbinamento; esse rappresentano fasi di un iter seguito dall'autorità centrale. Fondamentale è l'assenza di qualunque contatto tra gli adottanti e le persone incaricate della cura del minore, il quale deve essere orfano di entrambi i genitori, destinatario di un provvedimento di abbandono e sottoposto alla tutela dell'autorità pubblica; l'autorità competente dello stato d'origine deve avere previsto una forma di tutela per il minore oltre ad avere autorizzato il trasferimento dello stesso per garantirgli una permanenza stabile all'estero<sup>8</sup>. Le autorità competenti, sia quelle belga che del paese d'origine del minore, sono tenute ad approvare per iscritto la decisione di affidarlo all'adottante o agli adottanti.

La Spagna ha anticipato il contenuto della Convenzione dell'Aja del 1996 con la legge n. 54/2007 del 28.12.2007 sull'adozione internazionale, dotandosi di norme di riconoscimento dell'istituto della *kafala* pur sottolineando le inevitabili differenze, sebbene suscettibili di riconoscimento e purché costituite dall'autorità pubblica competente come mezzi di protezione internazionale del minore.

Quando l'adozione di un minore viene chiesta da chi possiede la nazionalità spagnola, si realizza un'ipotesi di nazionalità anticipata, in applicazione della legge interna diretta all'adozione di misure di protezione dell'infanzia.

Ciò significa che una coppia spagnola può adottare un minore abbandonato che gli sia affidato in *kafala*, se risulta documentalmente il suo abbandono.

Il discorso cambia con riguardo agli stranieri residenti in Spagna e che hanno la nazionalità di un paese che non conosce l'adozione, atteso che la *kafala* su un minore non orfano non può essere riconosciuta, non potendosi considerare sussistente il consenso all'adozione di chi ha la responsabilità del minore.

Il concetto di "nazionalità anticipata" si desume in un certo qual modo, anche dalle norme di diritto internazionale privato in Lussemburgo, le quali hanno condotto i giudici ad applicare una sorta di adozione. Così quando le coppie richiedenti hanno la

---

<sup>8</sup> In Marocco tali condizioni sono incluse nel provvedimento di *Kafala* pronunciato dal tribunale di prima istanza.



nazionalità di un Paese che riconosce l'adozione, questa può essere pronunciata anche qualora il minore provenisse da un Paese che non prevede tale istituto. Ancorato all'ineludibile requisito della ricorrenza della nazionalità tedesca dei richiedenti, l'adozione è la disciplina regolamentata in Germania. Infatti, un minore abbandonato sottoposto alla *kafala* può essere adottato soltanto quando i richiedenti siano di nazionalità tedesca o comunque coniugi il cui matrimonio sia stato regolato dalla legge tedesca. Il problema del consenso all'adozione è facilmente superato in forza della norma che consente l'applicazione del diritto tedesco, al posto di quello di nazionalità del minore, nella misura in cui ciò corrisponda al migliore interesse del minore. In tal guisa è facilmente verificabile lo stato di adottabilità del minore secondo la legge tedesca e, quando si tratta di minore abbandonato, la sua conseguente dichiarazione di abbandono per l'adozione. Nei sistemi di *common law* invece, il riconoscimento della *kafala* è avvenuto in maniera meno costante e non per opera del formante legislativo bensì di quello giudiziario, di conseguenza, nel Regno Unito, il provvedimento di *kafala* è stato in alcuni casi qualificato come tutela sul minore e il consenso dei tutori è stato ritenuto valido ai fini dell'adozione. Una menzione a parte merita invece il caso della Svizzera, che pur facendo parte del continente europeo ma non dell'UE, grazie alla legge del 29.11.2002, in vigore dal 1.1.2003, ha stabilito alcuni requisiti supplementari per l'adozione di un minore, proibita dalla legge nazionale. Quindi per gli adottanti svizzeri e per gli stranieri richiedenti in Svizzera, un minore può essere adottato grazie alla legge interna che preveda l'adozione, pur essendo necessari i requisiti supplementari per il caso di minore straniero entrato in Svizzera in *kafala* ex art. 11 lett. e), della legge citata, che richiedono la prova documentale del consenso dei genitori all'adozione del minore o una dichiarazione del paese di origine che indichi le ragioni per le quali il consenso non può essere rilasciato. Inoltre, l'autorità competente del paese di origine del minore deve rilasciare una dichiarazione che certifichi l'affidamento dello stesso ai futuri genitori adottivi in svizzera. Lo stato che si pone al di fuori di tutti gli schemi è la Francia; esso rappresenta l'unico Paese europeo ad avere espressamente introdotto nel proprio codice civile una norma che vieta l'adozione di un minore proveniente da un Paese che, a sua volta, limiti l'adozione di un minore straniero che non possa essere pronunciata, se la sua legge personale proibisce tale istituto, salvo che il minore sia nato e risieda abitualmente in Francia. Il divieto però, non ha impedito nella pratica che i provvedimenti di *kafala* vengano riconosciuti in Francia, tant'è che l'adozione è pronunciata anche nei confronti di questi stessi minori.



E' bene precisare del resto, che l'adozione di un minore in *kafala* è vietata in Francia solo quando uno o entrambi i coniugi hanno la nazionalità di un paese la cui legge vieti espressamente l'adozione. Al contrario, se essi risiedono in Francia e la loro unione è regolata dal diritto francese, l'adozione può essere pronunciata anche nei confronti di un minore sottoposto a *kafala*, purché si tratti di minore nato e residente in Francia.

Formulare un'eccezione basandosi sul luogo di nascita, genera un'evidente discriminazione ricondotta non alla nazionalità di origine, ma al luogo di nascita. Da tale assunto si evince che l'obiettivo principale è evitare che i minori entrino in Francia, piuttosto che addivenire alla pronuncia dell'adozione nei confronti di coloro rispetto ai quali per origini e cultura, sarebbe preferibile non addivenire mai all'adozione.

3. E' incontestabile che la normativa interna risenta del mancato riferimento alla *kafala* da parte della Convenzione dell'Aja del 1993, facendo intendere, erroneamente, che essa non si applichi all'istituto in esame.

Infatti, come si desume dall'art. 2 § 2, essa sarebbe suscettibile di applicazione ai soli rapporti di adozione, dai quali derivi un legame permanente tra padre e figlio, ricomprendendo tutti i vincoli così qualificabili a prescindere dall'interruzione totale o solo parziale del legame di filiazione naturale; non può dirsi altrettanto tuttavia, per i rapporti di diversa natura.

Gli istituti islamici del resto, pur garantendo una reale tutela dei minori, molto difficilmente possono essere inquadrati nella normativa dei Paesi occidentali, soprattutto quando devono essere equiparati istituti decisamente differenti tra loro.

Un minore proveniente da un Paese islamico nel quale sarebbe destinatario di una specifica tutela, in un Paese occidentale, potrebbe beneficiare ad ogni modo di una tutela diversa.

Il problema più sentito, ma al contempo, anche più dibattuto, è stabilire se un minore oggetto di *kafala* nel suo Paese, possa ricevere una tutela simile a quella che garantirebbe l'applicazione dell'adozione, ma attraverso altri istituti previsti dal vigente ordinamento.

Pur non potendosi assolutamente affermare che la *kafala* possa essere oppure no recepita all'interno degli ordinamenti dei Paesi occidentali, al fine d'inquadrare meglio la tematica, è utile un richiamo alle Convenzioni Europee, in particolare la Convenzione dell'Aja del 19.10.1996 la quale, pur essendo stata firmata, ancora oggi non è stata tuttavia ratificata dall'Italia.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Non va sottaciuto l'importante richiamo alla Kafala, contenuto nella Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia. In tale trattato, infatti, all'art. 20 viene segnatamente statuito che:

« 1) 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;



Il Rapporto esplicativo della convenzione chiarisce, al punto 237, che “il ragazzo che beneficia della *kafala* non diviene membro della famiglia del *kafil* ed è questo il motivo per cui essa non è protetta dalla Convenzione sull’adozione del 29 maggio 1993”.

A tal fine sembrerebbe improprio il riferimento alla *kafala* che si rinviene nella presentazione della Proposta di legge n. 3739 e che reca segnatamente: “*Ratifica ed esecuzione della Convenzione concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, conclusa a L’Aja il 19 ottobre 1996*”. Secondo un orientamento maggioritario, la Convenzione del 1996 tratterebbe lo stesso ambito disciplinare del quale si è occupata la Convenzione del 1993<sup>10</sup>; il ritardo nella ratifica della Convenzione è ben noto alla politica, ma comunque le numerose proposte di legge, giacciono presso le Commissioni, senza il minimo interesse ad addivenire ad una soluzione.<sup>11</sup>

Tra i provvedimenti che interessano l’ambito di applicazione della Convenzione, sono inclusi quelli della *kafala*, come avviene in alcuni paesi islamici tra cui il Marocco, nei cui orfanotrofi e istituti vivono circa 65.000 minori abbandonati.

Rientrando nella disciplina annoverata nella Convenzione ONU del 1989, anche la *kafala* potrà essere riconosciuta per effetto della ratifica della Convenzione stessa potendo finalmente essere regolamentata.

Attraverso il monitoraggio dell’autorità centrale è possibile affrontare caso per caso le delicate questioni di compatibilità tra il sistema giuridico italiano e quello

---

2) Gli Stati parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale;

3) Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo di sistemazione in una famiglia, della *kafala* di diritto islamico, dell’adozione o in caso di necessità, del collocamento in un adeguato istituto per l’infanzia. Nell’effettuare una selezione tra queste soluzioni, deve essere debitamente tenuta in conto la necessità di una certa continuità nell’educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica.

<sup>10</sup> Nel senso, invece, che la Convenzione dell’Aja del 1996 consentirebbe di considerare la *kafala* come presupposto per l’adozione, cfr. Long, Ordinali giuridici occidentali, *kafala* e divieto di adozione: un’occasione per riflettere sull’adozione legittimante, in NGCC, 2003, 17-5 ss.

<sup>11</sup> Sono rimaste infatti, senza seguito, la proposta di legge n. 3739 d’iniziativa del deputato Valente (presentata il 25 novembre 2010), recante “*Ratifica ed esecuzione della Convenzione concernente le competenze, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, conclusa all’Aja il 19 ottobre 1996*”. Parimenti giace, la proposta di legge n. 3858 (presentata il 15 novembre 2010) ad iniziativa dei deputati Di Biagio, Barbieri, Calabria, Lamorte, Orlando, Rosato, Rubinato, Touadi, Zacchera, recante identico oggetto.

Infine, giace, la proposta di legge del deputato Di Stanislao (presentata il 25 novembre 2010) anch’essa avente ad oggetto la ratifica della convenzione *de qua*. E’ evidente che il ritardo “politico” non può considerarsi privo di effetti avuto riguardo all’eliminazione degli inconvenienti che conseguono all’impossibilità d’intendere il binomio “adozione e *kafala*” secondo moduli sovrapponibili.



islamico, distinguendo tra i vari provvedimenti di *kafala* (giudiziale o notarile, intrafamiliare o extrafamiliare, *kafala* su minori che hanno legami con la famiglia di origine od orfani di entrambi i genitori e quindi abbandonati).

La distinzione è fondamentale perché prelude all'approvazione da parte dell'autorità centrale italiana dei soli provvedimenti che non si manifestino contrari alle norme nazionali in materia di protezione dell'infanzia e, più in generale, alle regole dell'ordine pubblico nazionale. In tal modo è possibile addivenire al riconoscimento e alla regolamentazione dei differenti provvedimenti per renderli compatibili con quelli adottati dall'ordinamento interno, proteggendo i minori e realizzando il loro superiore interesse.<sup>12</sup>

Particolarmente, la Convenzione del 1996, è finalizzata alla revisione di quella precedente del 1961 sulla competenza delle autorità e la legge applicabile nel campo della protezione dei minori. La nuova Convenzione, entrata in vigore sul piano internazionale il 1° gennaio 2002 e sottoscritta dal nostro Paese nel maggio 2003, trae origine dall'esigenza di porre rimedio ad alcune aporie emerse nel funzionamento della Convenzione del 1961, soprattutto con l'entrata in vigore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989.

---

<sup>12</sup> Certamente è sentita la necessità di calendarizzare le proposte di legge di ratifica della Convenzione, al fine di avviare un *iter* di esame parlamentare. L'Italia tuttavia, rischia che la Commissione europea attivi la procedura contro la violazione dei trattati, prevista dall'art. 258 del trattato sul funzionamento dell'UE, i quanto, ignorando la decisione del Consiglio dell'Unione Europea 2008/431/CE, non ha ancora ratificato la Convenzione dell'Aja del 1996.

Il nostro Paese è l'ultimo in tal senso ed addirittura è stato sorpassato da Paesi più piccoli e non europei.

Il 14 febbraio 2012 è stato infatti depositato lo strumento di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996 anche da parte dello Stato del Montenegro, portando così il numero degli Stati aderenti alla Convenzione a 35.

È notevole l'impegno dell'area mediterranea per l'adesione alla Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento, il rafforzamento e la cooperazione nel rispetto della responsabilità parentale e delle misure di protezione dell'infanzia. Il valore della Convenzione è insito nel suo proporsi come chance in più ai figli della guerra, ovvero i bambini abbandonati o orfani dei Paesi in situazione di conflitto, e ai minori delle comunità colpite da calamità naturali. Soprattutto, la ratifica della Convenzione dell'Aja è una misura che permette il riconoscimento della *kafala*, che nei Paesi mediterranei del Marocco, dell'Egitto, dell'Algeria e della Tunisia che allontana la discriminazione dai bambini e ad anni di Istituto.

Sono infatti decine i casi di coppie di origine mista, o provenienti dall'Africa mediterranea e residenti in Italia, che hanno adottato un minore tramite la *kafala* e che non possono portarlo a casa.

Si auspica che anche l'Italia entri a far parte dello sforzo comune ai Paesi del Mediterraneo, riprendendo i lavori parlamentari di ratifica della Convenzione. Per ora, il termine fissato dalla UE per la ratifica è scaduto, essendo stato fissato al 5 maggio 2010 per decisione europea del 2008 (la n. 431/CE).



Con quest'ultima c'è stato un vero e proprio *révirement* nella normativa internazionale in materia d'infanzia, essendo stati introdotti alcuni importanti principi diretti a garantire ai minori e dunque ai loro diritti, una posizione privilegiata all'interno di ciascun sistema giuridico e sociale; tra questi, certamente merita una menzione la centralità della famiglia.

Addirittura, l'istituto della *kafala* all'art.20 della Convenzione sembra trovare una sorta di "legittimazione" internazionale, laddove recita che : *"Ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambito familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto ad una protezione e ad aiuti speciali dello Stato. Gli Stati Parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva, in conformità con la loro legislazione nazionale. Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo di sistemazione in una famiglia, della kafalah di diritto islamico, dell'adozione o, in caso di necessità, del collocamento in un adeguato istituto per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità dell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica"*.

La Convenzione dell'Aja del 29.5.1993 nel tutelare i minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, (richiamando espressamente anche la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore del 20 novembre 1989), enuncia gli obiettivi che devono essere realizzati con l'adozione internazionale, attraverso il conseguimento del miglior interesse del bambino ed il rispetto dei suoi diritti fondamentali, creando un sistema di cooperazione tra gli Stati aderenti finalizzato alla realizzazione, con il conseguente riconoscimento delle adozioni realizzate in conformità ai principi espressi nella Convenzione. Per dare loro effettiva attuazione, quest'ultima ha imposto l'obbligo, per ogni Stato ratificante, di creare un'apposita Autorità centrale ed un sistema di enti pubblici e/o privati controllato da tale Autorità, ai quali delegare il compito di coordinare, sorvegliare e realizzare il procedimento adottivo, ponendo il divieto dello svolgimento dell'attività di ricerca del minore sia alle coppie, sia ad intermediari privati. In Italia l'Autorità centrale per l'adozione internazionale è rappresentata dalla Commissione che consente di coordinare l'istituto della *kafala* islamica con le leggi vigenti nel nostro Paese sulla protezione dei minori.

La Corte d'Appello di Ancona però, con una pronuncia dirompente nel novembre 2011, ha riconosciuto il diritto d'ingresso in Italia, attraverso il ricongiungimento familiare, ad un minore in *kafala* a carico di cittadini italiani.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Il Giudice del reclamo afferma come non possa ignorarsi, nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata e rispettosa dei principi del diritto comunitario in materia, che l'art. 3 comma 2 lett. A) D. Lgs. 30/2007 abbia recepito il testo normativo contenuto nella direttiva 2004/38/CE. Pur rilevando quindi che l'Italia al momento è l'unico Stato a non aver ancora ratificato la Convenzione sulla protezione dei minori adottata all'Aja il 19 Ottobre 1996, deve prendersi atto che detta Convenzione, nel ribadire l'importanza della cooperazione internazionale per la protezione dei minori e nel confermare che il superiore interesse del minore è fondamentale, si è posta come scopo



Con tale pronuncia che stravolge la posizione della Cassazione espressa con la sentenza n. 4868/2010<sup>14</sup>, la Corte d'Appello di Ancona ha fornito una lettura costituzionalmente orientata delle norme sul ricongiungimento familiare contenute nel Testo Unico sull'immigrazione, evidenziando l'interesse preminente del minore, atteso che lo stesso era stato affidato ad una coppia, in virtù non di un accordo privato, ma di un impegno siglato dai coniugi affidatari con lo Stato d'origine, in particolare con l'Amministrazione degli Affari Sociali, Direzione della Famiglia e dell'Infanzia". Secondo i giudici, la *kafala* su un minore abbandonato non può ritenersi uno strumento per aggirare le procedure di adozione internazionale, se pronunciata da un'autorità dello Stato d'origine del minore, in quanto per la religione islamica è l'unico strumento possibile per chi voglia impegnarsi nei confronti di un minore abbandonato. Inoltre, nei paesi di tradizione giuridica islamica dove non esiste l'adozione, i minori abbandonati non potrebbero comunque essere dichiarati "adottabili".

Anche la Corte d'Appello di Ancona non ha dimenticato che l'Italia è l'unico Stato europeo a non avere ancora ratificato la Convenzione dell'Aja del 1996, ma ha comunque concluso che "indipendentemente dall'inadempimento da parte dell'Italia, non può non tenersi conto del riconoscimento anche da parte dell'Ordinamento Europeo della *kafala* quale strumento di protezione dei minori".

Di conseguenza, nella nozione di "familiare", ai fini del ricongiungimento dall'estero, rientra il minore in *kafala* "affidato" a cittadini che abbiano anche la cittadinanza italiana.

Nonostante il Parlamento italiano non abbia fatto nessun nuovo passo rispetto alla ratifica della Convenzione firmata e benchè i quattro progetti di legge depositati

---

quello di creare un metodo comune di protezione dei minori, determinando la legge applicabile nell'esercizio delle competenze statali. Essa ha espressamente riconosciuto la *Kafala* come istituto di protezione dei minori che gli Stati membri devono prendere in considerazione nel disciplinare le modalità attuative dei principi espressi dalla Convenzione medesima, parificandola all'adozione e all'affidamento, strumenti tutti di tutela del fanciullo, nella cui scelta deve tenersi in considerazione la necessità di una certa continuità nell'educazione del minore, nonché la sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica. Ne deriva che, indipendentemente dall'inadempimento da parte dell'Italia nella ratifica della citata Convenzione, non può non tenersi conto del riconoscimento anche da parte dell'Ordinamento Europeo della *Kafala* quale strumento di protezione dei minori, con le conseguenze che ciò comporta anche all'interno dell'ordinamento nazionale che da detto riconoscimento non può prescindere e con riferimento alla più corretta interpretazione dell'art. 3 D. Lgs. 30/2007, nel senso che laddove la norma parla di "familiari", certamente devono farsi rientrare nel concetto anche i minori affidati attraverso l'istituto islamico della *Kafala*.

<sup>14</sup> Secondo l'orientamento della Suprema Corte, il ricongiungimento familiare del minore affidato in base all'istituto della *kafala* consensuale può avere luogo solo se l'affidatario è un cittadino straniero, mentre se questi possiede anche la cittadinanza italiana, il visto di ingresso per coesione familiare ai sensi della normativa sull'immigrazione non potrà essergli rilasciato, essendo esercitabile soltanto il procedimento di adozione internazionale.



alla Camera per la ratifica già nel 2010, siano ancora in attesa di approvazione, tuttavia la giurisprudenza apre nuovi scenari.

Significativa sarà la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che, interrogata con l'ordinanza n. 996 dello scorso 24 gennaio 2012, dovrà rispondere al quesito sull'applicazione dell'art. 29 TU sull'immigrazione, attraverso l'art. 23 d.lgs. 30/2007, anche al cittadino comunitario (e quindi italiano)<sup>15</sup>.

Delle due l'una: o la Cassazione resta ancorata alla sua precedente pronuncia o potrà seguire coraggiosamente i giudici Anconetani, difendendo e tutelando il superiore interesse del minore.

Senza dubbio, prescindendo dalla futura pronuncia delle Sezioni Unite ed anche dall'omessa ratifica della Convenzione da parte dell'Italia, ciò di cui si ha bisogno, sono norme che completino la legge 4 maggio 1983 n. 184 e le successive

---

<sup>15</sup> Con ordinanza interlocutoria n. 996 del 24 gennaio 2012, la sesta sezione della Cassazione ha deciso di rimettere una questione sull'applicazione al minore, affidato secondo la *kafala* islamica a due genitori italiani, al primo presidente della Cassazione al fine di assegnare la decisione del ricorso alle Sezioni Unite (996/01/12). Il Consolato italiano di Casablanca aveva rigettato il rilascio di un visto di ingresso per ricongiungimento familiare ai due coniugi, cittadini italiani residente in Marocco per un minore affidato alla coppia con *kafala* emessa dal Tribunale di Tangeri. Ne era nata una lunga controversia in sede giurisdizionale che ha spinto la sesta sezione a rimettere la questione alle Sezioni Unite affinché decida sull'istanza dei coniugi secondo i quali al minore affidato in *kafala* dovevano essere applicate le norme più favorevoli in materia di ricongiungimento. Una questione di massima importanza – precisa la Corte nell'ordinanza – anche perché impone una soluzione sul “delicato rapporto tra discipline dettate per i comunitari e per gli extracomunitari”. Lo Stato può rifiutare l'adozione di un minore a una donna che, in Algeria, ha ottenuto un provvedimento di affido del bambino algerino (*kafala*). Con la sentenza *Harroudj contro Francia*, ricorso n. 43631/09, AFFAIRE HARROUDJ c. FRANCE, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha respinto il ricorso di una donna, cittadina francese, che aveva ottenuto da un tribunale algerino il diritto alla tutela legale di un minore (cosiddetta *kafala*). Tornata in patria la donna aveva presentato una domanda di adozione del minore che era stata respinta, in quanto la legge francese stabilisce che non può essere adottato un minore il cui Paese di origine vieta l'adozione. Così accade in numerosi Paesi islamici inclusa l'Algeria. Un diniego confermato in diversi gradi di giudizio che hanno spinto la donna fino a Strasburgo, dove però i giudici le hanno dato torto. La Corte riconosce che non potendo ottenere l'adozione, il minore non può rivendicare diritti successori e non può ottenere la cittadinanza, ma considerando che gli Stati hanno un ampio margine di discrezionalità nell'ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (articolo 8 della Convenzione), si può concludere che la Francia ha rispettato la Convenzione. Tanto più che la legislazione francese garantisce un giusto equilibrio tra diritto all'adozione e tutela del legame con il proprio Paese e con le proprie origini culturali, assicurando il pieno rispetto del pluralismo culturale. La legge francese, inoltre, permette a coloro che risiedono in Francia di richiedere la nazionalità. A ciò si aggiunga – prosegue la Corte – che non esiste in base alla Convenzione europea un obbligo per gli Stati di equiparare la *kafala* all'adozione. Di particolare rilievo, poi, la circostanza che la decisione francese non è stata basata unicamente sul codice civile, ma anche sulla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 che fa riferimento alla *kafala* come un provvedimento di tutela alternativo all'adozione (articolo 20).



modifiche, regolando uniformemente la materia, introducendo procedure e garanzie analoghe a quelle applicabili per l'adozione internazionale.