



Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"  
Catania 7-8 giugno 2013  
"La famiglia davanti ai suoi giudici"

MICHELE NISTICÒ  
KAFALA ISLAMICA E CONDIZIONE DEL FIGLIO MINORE.  
LA RILEVANZA DELLA KAFALA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. Le *interazioni* tra il diritto di famiglia islamico e quello italiano. – 2. Interazione e scontro. I casi del ripudio e della poligamia. – 3. Un'ipotesi di interazione complessa. Il caso della kafala. – 4. Il difficile inquadramento della kafala rispetto alle coordinate del *nostro* diritto di famiglia. – 5. Compatibilità a CEDU di eventuali compressioni del *best interest* del minore. – 6. Gli effetti della kafala nell'ordinamento italiano. Il limite dell'ordine pubblico e l'ipotesi della delibazione. – 7. Kafala e ricongiungimento familiare. Il caso dell'ingresso del minore *affidato* ad adulti stranieri. – 7.1. *segue*. Il caso dell'ingresso del minore *affidato* a cittadini italiani. – 8. Il differente trattamento tra cittadini e stranieri. Alcune notazioni critiche. – 8.1. *segue*. La *ratio* antielusiva del divieto di ingresso del *makfoul* affidato a cittadini italiani ed i profili di irragionevolezza della differenziazione. – 9. Alla ricerca di una buona ragione a sostegno del trattamento differenziato tra cittadini e stranieri. – 10. Una notazione conclusiva. *Fidarsi* o non *fidarsi* della kafala?

#### 1. PREMESSA. LE INTERAZIONI TRA IL DIRITTO DI FAMIGLIA ISLAMICO E QUELLO ITALIANO

Tra il diritto islamico e quello italiano i punti di intersezione sono, oggi, evidentemente inevitabili; ciò per ragioni anzitutto pratiche che non possono essere sottovalutate, poiché investono, oltre all'ampiezza e la struttura del fenomeno migratorio nel suo complesso, anche il suo impatto socio-economico e, in particolare, la *pressione* con la quale le istanze di regolazione della società multiculturale si impongono all'attenzione del giurista<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Gli ultimi dati ISTAT disponibili, relativi al 1° gennaio 2011, indicano 4.579.317 stranieri residenti (si intende, regolarmente) in Italia, con un incremento rispetto all'anno 2010 di 335.000 persone (+7,9%) ed evidenziano come il 13,9% dei bambini che nascono da residenti in Italia siano stranieri (ciò che ovviamente dipende dai criteri che la legge individua per l'attribuzione della cittadinanza, da ultimo, come noto, assai dibattuti); tutti i dati citati sono disponibili in [www.istat.it](http://www.istat.it).

La immigrazione non è più una novità in Italia. Col tempo, tuttavia, la dimensione dei problemi (anche) giuridici che essa pone è destinata ad evolvere, assumendo nuove conformazioni: in prima battuta, infatti, i migranti comprensibilmente concentrano le proprie richieste sulle condizioni di vita, dapprima con riguardo alla loro assicurazione e, poi, al loro miglioramento; successivamente, però, e soprattutto con la progressiva stabilizzazione di persone provenienti da Paesi stranieri, le istanze di riconoscimento possono investire profili inediti ed accade che esse riguardino anche il *punto di equilibrio* tra le esigenze connesse all'inserimento nella società e nell'ordinamento giuridico italiano e, d'altro lato, il rispetto di alcune prerogative culturali ed etniche o, in definitiva, di istanze identitarie.

Se posta in questi termini, la questione non riguarda il solo diritto di famiglia, ma in generale tutti i campi dell'ambito giuridico in cui si riflette l'incontro – o, al limite, lo *scontro* – tra culture conformate da principi e pratiche comportamentali non sovrapponibili<sup>2</sup>; né può dirsi che manchino del tutto modelli concettuali per affrontare simili problematiche, per lo più elaborati in seno a quegli ordinamenti nazionali in cui il fenomeno migratorio ha posto questioni analoghe prima che in Italia<sup>3</sup>.

Il diritto di famiglia, tuttavia, rappresenta un buon *banco di prova* per l'inquadramento di alcuni dei profili controversi che si pongono di fronte alle *interazioni* tra diritto italiano e islamico e, auspicabilmente, anche per fornire qualche criterio di valutazione delle soluzioni che è possibile offrire ad essi. Anzitutto, infatti, il diritto di famiglia di molti ordinamenti (compreso quello italiano) è largamente plasmato non solo da principi e regole giuridiche, ma anche, almeno in parte, da modelli di riconoscimento sociale elaborati dalla tradizione e *restituiti* al diritto, che non può

Il concetto di *mondo multiculturale* cui qui si fa ricorso non pretende né implica una netta presa di posizione tra l'alternativa multiculturale e quella interculturale, pur nella piena consapevolezza che essa è tutt'altro che priva di conseguenze anche in diritto [con riferimento proprio al mondo islamico v. S. PRISCO, *I modelli di integrazione musulmana in Europa e il caso dell' "Islam italiano"*, in A. CILARDO (cur.), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli, E.S.I., 2011, 73 ss.]. Tuttavia, ai limitati fini di questo intervento, basti ricordare che ci si riferisce qui alla società multiculturale nel modo *meno ideologico possibile*, cioè solo per indicare non tanto la presenza, oggi, di più culture di quante non ve ne fossero una volta (anzi, apparentemente la tendenza è, al più, quella contraria), quanto «l'aumentata consapevolezza della presenza e importanza di tali culture, la coscienza della loro quantità, del loro diritto di esistere e della peculiare identità di ognuna di esse» (R. KAPUSCINSKI, *Conferenze viennesi – III: Un mondo multiculturale*, in ID., *L'altro*, trad. it. V. Verdiani, Feltrinelli, Milano, 2009, 31 ss., spec. 37-38).

<sup>2</sup> Il problema si pone in termini particolarmente drammatici nel diritto penale, ed in specie con riguardo a reati compiuti *dentro la famiglia*, in riferimento ai quali non mancano casi in cui i giudici ed il legislatore si sono dovuti far carico di *reagire* a condotte apertamente criminose per il diritto italiano e giustificate dai rei o dalle loro comunità di appartenenza attraverso il richiamo a tradizioni identitarie; in tema v. F. B. D'USSEAU, *Famiglia e multiculturalismo*, in *Pol. dir.*, 2011, 539 ss. e F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 149 ss.

<sup>3</sup> Si pensi all'alternativa tra assimilazionismo e multiculturalismo propria dei *modelli* francese e inglese ed al modo in cui essa si riflette sugli assetti giuridici del conflitto culturale; sul punto cfr., in riferimento al matrimonio islamico, F. BELVISI, *Il matrimonio islamico e l'inclusione sociale*, in G. ZANETTI (cur.), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Roma, Carocci, 2003, 59 ss.



quindi limitarsi ad orientarne gli sviluppi, ma deve anche in qualche misura tenerne di conto in sede di regolazione dei rapporti; ciò vale evidentemente anche, ed in modo particolare, per il diritto di famiglia islamico, apertamente modellato sulla necessità di rispettare, dato il ruolo centrale svolto in quegli ordinamenti delle fonti di diritto divino, alcuni precetti di matrice religiosa<sup>4</sup>. In secondo luogo, il diritto di famiglia islamico è suscettibile di trovare molto spesso applicazione in Italia, poiché le norme di conflitto mostrano (non senza ragioni) una spiccata apertura verso l'applicazione della legge straniera ai rapporti familiari che, pur riguardando famiglie composte da cittadini di altri Paesi, siano devoluti alla cognizione del giudice italiano<sup>5</sup>.

Tale tendenziale apertura, tuttavia, non sempre si rivela funzionale a prevenire criticità e momenti di *impasse*, che anzi sembra si presentino, progressivamente, sempre più di frequente. Gli elementi che rendono spesso sconnessi i binari dell'interazione tra il diritto di famiglia islamico e l'ordinamento nazionale italiano sono evidentemente vari; a me pare che essi si possano ricondurre, in sintesi, a due ipotesi problematiche, talvolta concorrenti ma comunque distinguibili. La prima si verifica nei casi in cui uno o più istituti stranieri, eventualmente anche a portata caratterizzante, appaiano in insanabile distonia con principi e diritti di indiscutibile dignità costituzionale, che rappresentano spesso altrettanti cardini della cultura giuridica italiana o, in qualche caso, della cultura italiana *tout court*. La seconda è connessa all'esistenza, nel diritto di famiglia di molti Stati del mondo islamico, di istituti che, a prima vista, non sono facilmente riconducibili ad alcuna figura giuridica propria del diritto di famiglia italiano o comunque per altro verso nota ai giuristi italiani (ad esempio, perché conosciuta in un sistema giuridico consimile).

## 2. INTERAZIONE E SCONTRO. I CASI DEL RIPUDIO E DELLA POLIGAMIA

Apparentemente l'ipotesi ricordata per prima sembrerebbe quella di più semplice risoluzione.

Essa pone infatti in termini concreti un problema che il legislatore già si è posto in astratto ed ha affrontato (soprattutto) attraverso l'art. 16 della l. 31 maggio 1995 n. 18, di riforma del sistema

<sup>4</sup> Sulla differenza tra i sistemi, come quelli occidentali, che fondano il proprio diritto di famiglia sul c.d. *christian marriage*, e quelli invece di diritto islamico che lo incardinano sulle fonti di diritto divino ed in specie sui precetti coranici, v. G. CASSONI, *Considerazioni sugli istituti della poligamia e del ripudio nell'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 1987, 233 ss.

<sup>5</sup> La l. 31 maggio 1995 n. 18 disciplina i rapporti di famiglia nel capo IV, artt. 26-37, prevedendo come principale criterio di collegamento appunto quello della cittadinanza e, solo secondariamente, valorizzando criteri innovativi rispetto al sistema manciniano, quali la prevalente localizzazione della vita matrimoniale, la residenza comune dei nubendi o anche, in qualche caso e non senza precisi limiti, la volontà delle parti (il riferimento è qui ai soli rapporti patrimoniali tra coniugi). La ragione per cui ai rapporti di famiglia si applica di regola la legge nazionale delle parti è da ricercare nella consapevolezza da parte del legislatore di operare in un campo – quello appunto del diritto di famiglia – su cui incidono tradizioni culturali e religiose dei Paesi di origine in cui gli individui normalmente si identificano; specificamente sul punto cfr. F. CORBETTA, *Unioni "miste" e contrarietà all'ordine pubblico internazionale*, C.S.M., incontro di studio sul tema "lo straniero in Italia", Roma, 28-30 maggio 2007, reperibile in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); ID., *Stranieri e matrimonio. Il diritto applicabile*, Piacenza, La Tribuna, 2004.



italiano di diritto internazionale privato: individuando come limite all'applicazione della legge straniera la *valvola di sicurezza* dell'ordine pubblico c.d. internazionale, la disposizione già detta la traccia dell'*iter* argomentativo da compiere<sup>6</sup>. Per quanto il criterio di collegamento della nazionalità, tipico del diritto internazionale privato in materia di rapporti familiari, sia ispirato alla volontà di non *invadere* gli spazi dei rapporti familiari con la legge domestica potenzialmente *estranea* all'ambito culturale delle parti, è indubbio che un qualche limite all'«ingresso» del diritto straniero permanga nonostante la regola di conflitto ad esso rinvii, e che tale limite debba essere ricercato attraverso la definizione concreta dell'*argine* dell'ordine pubblico. Rispetto al diritto di famiglia islamico il problema si pone (non solo, ma) soprattutto per gli istituti della poligamia e del ripudio<sup>7</sup>: entrambi evocano immediatamente, per le loro caratteristiche, l'applicazione della clausola dell'ordine pubblico.

La poligamia è consentita dal Corano<sup>8</sup> e di fatto praticata, sia pure non regolarmente, da molti musulmani, compresi i cittadini di Stati che più o meno recentemente hanno introdotto alcuni ostacoli normativi o burocratici al fine di incoraggiare l'opzione monogamica<sup>9</sup>. Nessun dubbio, tuttavia, che essa comporti una patente violazione del principio di eguaglianza tra uomo e donna (e, direi, anche tra le donne<sup>10</sup>) e indirizzi la vita familiare su dinamiche del tutto inaccettabili nell'ordinamento italiano; del resto, la bigamia in Italia è un delitto (non molto diffuso, ma)

---

<sup>6</sup> L'espressione «ordine pubblico internazionale» non è propria della legge, che infatti tratta semplicemente di «ordine pubblico». Tuttavia, l'aggettivazione «internazionale» serve soprattutto a distinguere l'ordine pubblico che funziona come limite all'operatività delle norme di conflitto, impedendo cioè il richiamo di norme straniere in caso di incompatibilità con i principi del foro, da quello c.d. interno, che si identifica in ultima analisi con il diritto cogente e serve, invece, a limitare l'autonomia negoziale dei privati; cfr. sul punto N. BOSCHIERO, *Art. 16 (Ordine pubblico)*, nel commento alla l. n. 218/95 in *Nuove leggi civili commentate*, 1996, 1046 ss. e G. MOSCONI, *Art. 16. Ordine pubblico*, in *Commentario nuovo dir. intern. priv.*, Padova, Cedam, 1996, 78 ss.

Per una tesi critica della distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale v. invece P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 2005, spec. 64 ss.

<sup>7</sup> Per un'indicazione di altri istituti del diritto di famiglia islamico rispetto ai quali l'interazione assume, almeno tendenzialmente, le dimensioni dello scontro, cfr. G. DI COSIMO, *Costituzione e Islam in Italia*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2005.

<sup>8</sup> In particolare, secondo la sura IV, 3, «e se temete di essere ingiusti nei confronti degli orfani, sposate allora due o tre o quattro tra le donne che vi piacciono».

<sup>9</sup> Per il caso del Marocco cfr. C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2008, 43 ss., spec. nota n. 10.

<sup>10</sup> È questa probabilmente una prospettiva un po' diversa da quella immediatamente percepibile dagli osservatori occidentali, ma che ciò nonostante meriterebbe di essere maggiormente valorizzata proprio in quanto tutt'altro che sconosciuta al Corano stesso; da un lato, infatti, è innegabile che il Corano permetta la poligamia, ma il versetto IV, 3 potrebbe essere letto anche in connessione con quello IV, 129, secondo il quale «non potrete mai essere equi con le vostre mogli anche se lo desiderate», così da ritenere sconsigliabile, per quanto ammessa, la poligamia.



sanzionato con pene non delle più miti<sup>11</sup> e sembra preferibile anche ritenere, sul piano degli effetti civili, che l'impedimento dello stato libero previsto dall'art. 86 c.c. non abbia valenza meramente unilaterale<sup>12</sup>.

Un ragionamento simile si può applicare anche all'istituto del ripudio, sostanzialmente assimilabile ad uno scioglimento unilaterale del matrimonio da parte del marito spesso caratterizzato da una qualche forma di ritualità, ma di regola piuttosto informale dal punto di vista strettamente giuridico<sup>13</sup>, ben potendo essere praticato senza il controllo di alcuna autorità giurisdizionale e, in qualche caso, persino con dichiarazioni non motivate e non recettizie<sup>14</sup>, o addirittura per interposta persona<sup>15</sup>.

Di qui la reazione, quasi *istintiva* per il giurista italiano, di invocare la clausola dell'ordine pubblico per impedire qualsiasi forma di riconoscimento del rapporto matrimoniale poligamico o del ripudio da parte dell'autorità giurisdizionale o amministrativa italiana. Che si tratti di soluzioni particolarmente rassicuranti dal punto di vista culturale è, a mio modo di vedere, abbastanza intuitivo; si tratta però di domandarsi se esse siano altrettanto rassicuranti dal punto di vista giuridico o se, invece, l'applicazione *automatica* della *valvola di sicurezza* non possa finire col pregiudicare situazioni giuridiche degne di considerazione, se non proprio di tutela, anche costituzionalmente garantite.

<sup>11</sup> Secondo l'art. 556, 1° comma, c.p. «chiunque, essendo legato da matrimonio avente effetti civili, ne contrae un altro, pur avente effetti civili, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Alla stessa pena soggiace chi, non essendo coniugato, contrae matrimonio con persona legata da matrimonio avente effetti civili».

<sup>12</sup> Cfr. C. CAMPIGLIO, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, 21 ss.

<sup>13</sup> A meno che, ovviamente, l'ordinamento statale di riferimento non conosca una regolamentazione dettagliata dell'istituto, come può concretamente avvenire sul presupposto che esso sia sì lecito, ma comunque da non incoraggiare: è il caso, ad esempio della legislazione marocchina, per cui cfr., da ultimo, L. ASCANIO, *Equivoci linguistici e insidie interpretative sul ripudio in Marocco*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2012, 573 ss.

<sup>14</sup> Al punto che, in ragione di quella commistione spesso curiosa tra valenza delle tradizioni ed inevitabile impatto della modernità che oggi investe anche il diritto islamico, non è affatto escluso che forme di ripudio dirimenti e irrevocabili (il caso è quello del c.d. triplice *talaq*) siano oggi pronunciate persino tramite *sms* o attraverso mezzi di comunicazione informatici; sul punto cfr. M. EQUIZI, *Le nuove tecnologie e il diritto islamico: matrimonio e ripudio nell'Islam all'alba del XXI secolo*, in *Iura orientalia* VIII (2012), 142 ss. (testo disponibile anche in [www.iuraorientalia.net](http://www.iuraorientalia.net)).

<sup>15</sup> Cfr. M. EQUIZI, *Ordine pubblico italiano e ripudio islamico*, in *Famiglia*, 2009, III, 99 ss.; App. Milano 9 marzo 2006, *Dir. famiglia*, 2007, I, 156, individua le ragioni per cui il ripudio è «contrario al nostro ordine pubblico interno» (espressamente rinunciando, dunque, ad utilizzare la categoria dell'ordine pubblico internazionale) nelle seguenti: «perché non vi è stato tra le parti alcun contraddittorio; perché un tale ripudio-divorzio discrimina i coniugi, essendo consentito solo al marito, il che viola pesantemente il principio di parità e solidarietà coniugale; perché il ripudio-divorzio viola il principio della parità dei sessi; perché è stato leso gravemente il diritto di difesa della moglie; perché astrae da ogni accertamento sul reale venir meno dell'*affectio* e sulla possibilità di una riconciliazione; perché non contiene alcuna statuizione, né personale, né patrimoniale, a tutela della» prole, «così come non regola in alcun modo i rapporti patrimoniali tra i coniugi successivi al divorzio».



Ad esempio, atteso che il ripudio è atto del marito rispetto al quale l'opinione della donna è (non richiesta e comunque) irrilevante, non è scontato che il mancato riconoscimento di qualsiasi effetto di tale atto nell'ordinamento del foro sia del tutto ragionevole anche nell'ipotesi in cui la donna acconsenta al ripudio, rendendolo molto più assimilabile ad un'ipotesi di c.d. divorzio consensuale<sup>16</sup>, o nell'ipotesi in cui la donna, ad esempio, auspicasse il ripudio da tempo pur non potendo ottenere per altra via lo scioglimento del matrimonio, o addirittura sia essa stessa a richiederne il riconoscimento, magari proprio per poter ottenere lo stato libero e contrarre un nuovo matrimonio<sup>17</sup>. Similmente il mancato riconoscimento del rapporto familiare poligamico, per quanto astrattamente fondato su principi la cui valenza costituzionale non è certo in discussione, non necessariamente conduce a conseguenze in ogni caso valutabili in termini del tutto positivi; difficile non domandarsi, anche senza contare i molti e complessi problemi connessi all'ipotesi del ricongiungimento poligamico<sup>18</sup>, se, ad esempio, sia conforme all'interesse degli eventuali figli di mogli «successive alla prima» il non attribuire loro lo *status* di figli legittimi, o il mancato riconoscimento di qualsiasi forma di diritti successori, o persino alimentari, alle mogli diverse dall'unica sposata dal marito quando egli godeva dello stato libero<sup>19</sup>; per non dire dell'ipotesi in cui

<sup>16</sup> In realtà a rigore il *divorzio consensuale*, nel nostro ordinamento, non è previsto; con l'espressione si intende riferirsi a quelle ipotesi di divorzio in cui il relativo procedimento è introdotto «a domanda congiunta da parte di entrambi i coniugi» (art. 4, 16° comma, l. n. 898/70, per come novellato dall'art. 8 l. n. 74/87 e, poi, dall'art. 2, comma 3bis, d.l. n. 35/05), il cui *iter* è (non identico, ma) molto simile a quello del procedimento di separazione consensuale. È importante però ricordare che, anche in questo caso, il giudice decide soltanto «sentiti i coniugi» e, soprattutto, «verificata l'esistenza dei presupposti di legge» (come pure avviene in caso di procedimento contenzioso) dal che sembra si debba senz'altro concludere che l'espressione «divorzio consensuale» possa essere utilizzata al solo fine di sfuggire qualche tecnicismo di troppo, ma non anche per qualificare in termini giuridicamente rigorosi l'istituto: insomma lo scioglimento del vincolo si verifica soltanto se, a parere del giudice, ricorre almeno una delle condizioni indicate dalla legge, e non solo perché entrambi i coniugi lo chiedono.

<sup>17</sup> Salvo mio errore l'unico caso in cui un giudice italiano ha riconosciuto un qualche effetto in Italia ad un ripudio pronunciato in uno Stato di diritto islamico (Egitto) è quello definito con App. Cagliari 16 maggio 2008, *Riv. dir. priv. e proc.*, 2009, 647.

<sup>18</sup> In tema cfr. G. FAMIGLIETTI, *Diritti culturali e diritto della cultura. La voce "cultura" dal campo delle tutele a quello della tutela*, Torino, Giappichelli, 2010, 159 ss. e A. GALOPPINI, *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, 739 ss. Da ultimo il legislatore sembrerebbe aver confermato l'atteggiamento di completa chiusura verso il riconoscimento di ricongiungimenti poligamici attraverso l'introduzione, da parte dell'art. 1ter, 22° comma, l. 15 luglio 2009 n. 94, del comma 1ter art. 29 d.leg. 25 luglio 1998 n. 286, secondo il quale «non è consentito il ricongiungimento dei familiari di cui alla lettera a) [coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni] e 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] del comma 1, quando il familiare di cui si chiede il ricongiungimento è coniugato con un cittadino straniero regolarmente soggiornante con altro coniuge sul territorio nazionale»; v. anche la circolare Min. interno – dip. Libertà civili e immigrazione, 27 agosto 2009, n. 4820, che nel dettare le prime linee applicative del c.d. pacchetto sicurezza espressamente come la modifica appena ricordata sia stata chiaramente voluta per ribadire l'esclusiva valenza nell'ordinamento italiano della famiglia monogamica.

<sup>19</sup> Opportunamente F. CORBETTA, *Unioni "miste" e contrarietà all'ordine pubblico internazionale*, cit., sottolinea che probabilmente non sarebbe del tutto irragionevole riconoscere alcuni effetti al matrimonio poligamico sia pure



il matrimonio venga concluso in forma poligamica contestuale, nel qual caso, a rigore, nessuna delle donne dovrebbe poter fruire dello *status* di moglie ad alcun fine giuridicamente apprezzabile.

Peraltro, un diverso percorso argomentativo, in ipotesi più attento alle esigenze del caso ed alle ragioni sostanziali per cui si invoca l'applicazione della legge straniera, sembrerebbe effettivamente percorribile e, per quanto esso comporti spesso accertamenti non semplici dal punto di vista istruttorio ed un particolare attenzione da parte del giudice, non necessariamente tradisce lo spirito della normativa vigente, né la sua lettera. Va ricordato, infatti, che il diritto internazionale privato italiano non impedisce, come pure semplicisticamente spesso si ritiene, l'applicazione della legge straniera contraria all'ordine pubblico (internazionale), ma più precisamente prevede che «la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico» (internazionale)<sup>20</sup>. Non mancano infatti ipotesi in cui nel *liquidare* frettolosamente il diritto straniero per contrarietà all'ordine pubblico internazionale si rischia di ingenerare conseguenze deteriori per le situazioni giuridiche in gioco; conseguenze che non si produrrebbero ove, invece, l'attenzione fosse concentrata sugli *effetti* dell'applicazione della legge straniera nel caso, perché simile diversa prospettiva meglio consentirebbe la concretizzazione del diritto oggettivo, oltre a non comportare affatto uno snaturamento del significato letterale delle disposizioni rilevanti (ma anzi una sua applicazione più rigorosa).

C'è da chiedersi, allora, per quali ragioni i giudici spesso mostrino di preferire letture più semplicistiche della clausola dell'ordine pubblico, contribuendo ad accreditarne un significato *vivente* tanto problematico. La questione è evidentemente molto complessa e rispetto ad essa questa sede consente al più di azzardare alcune ipotesi. Non è escluso che le ragioni del *ripiegamento* sull'ordine pubblico siano di tipo latamente culturale e debbano cioè essere imputate all'opinione secondo la quale il diritto di famiglia islamico non sarebbe soltanto – ed è ovvio – molto *diverso* da quello italiano, ma anche e soprattutto significativamente *peggiore*, sì che il non applicarlo si risolverebbe sempre o quasi sempre in un'opzione preferibile per l'osservatore occidentale<sup>21</sup>. È

nell'esclusivo interesse delle mogli diverse dalla prima e, soprattutto, che ciò non implicherebbe necessariamente un'integrale accettazione della disciplina del vincolo coniugale tratteggiata dalla tradizione islamica, dovendo più correttamente ritenersi che il limite dell'ordine pubblico impedirebbe in ogni caso solo l'applicazione di norme straniere che impongano alla moglie un dovere di obbedienza incondizionata al marito o che, in ipotesi, la privassero della capacità legale di disporre dei propri beni.

<sup>20</sup> Così, testualmente, l'art. 16, 1° comma, l. n. 218/95. Prima del 1995 la disposizione che sanciva il limite dell'ordine pubblico internazionale (e, all'epoca, anche del buon costume) era l'art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale, la cui formulazione letterale era significativamente differente sul punto da quella risultante dalla riforma del diritto internazionale privato: «nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi [...] possono avere effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari[e] all'ordine pubblico o al buon costume». La questione se, nella vigenza dell'art. 31 delle c.d. preleggi, fosse preferibile avere riguardo agli effetti dell'applicazione della legge straniera o, invece, alla sua natura intrinsecamente contraria all'ordine pubblico, appare però oggi superata dalla diversa formulazione della legge vigente.

<sup>21</sup> Nelle decisioni meno recenti poteva anche accadere che la *scelta* di fondo a favore del diritto domestico e la considerazione deteriori del diritto islamico emergessero a chiare lettere; in App. Roma 29 ottobre 1948, *Foro pad.*, 1949, I, 348, si legge che il ripudio «ripugna alla mentalità morale e giuridica dei popoli che hanno raggiunto un



chiaro che al fondo di simile attitudine risiede un'opzione ideologica, che peraltro nel caso di specie può apparire per più versi condivisibile, quanto meno nella misura in cui essa invero scelte di fondo che dimostrano ampia condivisione di principi a tutela della parità tra i sessi e dell'eguaglianza nell'ambito familiare, sulla cui dignità costituzionale non è neppure il caso di dibattere. E tuttavia, fermo restando che le valutazioni sul minore o maggiore grado di bontà di un certo assetto giuridico dei rapporti familiari sono evidentemente lecite, è invece discutibile ritenere che la sede più opportuna per simili considerazioni debba essere il giudizio sulle norme di conflitto, che invece parrebbe più improntato a valutazioni di tipo tecnico-giuridico e quindi centrate anzitutto sulle specificità della materia e sulla portata dei principi che la governano.

Inoltre, e preferendo correre il rischio del disincanto che quello dell'ingenuità, è utile ricordare che i motivi a sostegno dell'interpretazione espansiva della clausola dell'ordine pubblico potrebbero anche risiedere, più che nelle ragioni profonde della scelta, nelle sue conseguenze. Facendo valere il limite dell'ordine pubblico, infatti, il giudice si ritrova – almeno di regola – a dover applicare la legge del foro<sup>22</sup>, che egli dunque *già* conosce (o che, ad ogni modo, può conoscere più facilmente)<sup>23</sup> e non quella straniera, la cui conoscenza è spesso resa particolarmente impervia non solo dalle insidie strettamente giuridiche in essa potenzialmente rinvenibili<sup>24</sup>, ma anche e più banalmente dal serio rischio di equivoci linguistici<sup>25</sup>.

maggior grado di civiltà e che del matrimonio hanno un concetto etico e sociale ben più elevato di quello che ne hanno i popoli orientali».

<sup>22</sup> Quando «la legge straniera non è applicata», difatti, «si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa» e poi, «in mancanza si applica la legge italiana» (art. 16, 2° comma, l. n. 218/95). Teoricamente, dunque, la rilevazione del limite dell'ordine pubblico non implica di necessità l'applicazione della legge italiana; tuttavia, simile conseguenza concretamente finisce col verificarsi piuttosto spesso, ed in specie in tutti i casi in cui non sia indicato un diverso criterio di collegamento ed in tutti i casi in cui il diverso criterio di collegamento eventualmente indicato conduca comunque all'applicazione della legge italiana (ad esempio, in materia di rapporti familiari, il riferimento è al criterio della prevalente localizzazione della vita matrimoniale).

<sup>23</sup> «È noto che l'eccezione di ordine pubblico non sempre e non tanto viene utilizzata per impedire l'applicazione di una norma straniera in vista degli intollerabili risultati che ne conseguirebbero nel foro, quanto piuttosto per consentire semplicemente l'applicazione del diritto materiale del foro»; così F. MOSCONI, *Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico*, in *Riv. dir. inter. priv. e proc.*, 1994, 5.

<sup>24</sup> Per ricordare la più evidente basta rammentare che *ex art. 15 l. n. 218/95* «la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo» e che, dunque, al giudice non si chiede solo di conoscere il dettato della legge straniera, ma anche le regole della sua applicazione nel tempo ed i criteri in quell'ordinamento accreditati per la sua interpretazione.

<sup>25</sup> Il caso più evidente è quello in cui la legge straniera di diritto di famiglia islamico sia disponibile esclusivamente in lingua araba, la cui conoscenza credo possa ragionevolmente presumersi, tra i giudici italiani, un'eccezione e non certo la regola. Ma non deve nemmeno essere sottovalutata l'ipotesi in cui il giudice possa contare su una traduzione dall'arabo in una lingua che, invece, egli potrebbe conoscere [ciò che si verifica per le ex colonie francesi (v., per il Marocco, la *Guide pratique du Code de la famille*, resa disponibile dal Ministero della giustizia in [www.justie.gov.ma](http://www.justie.gov.ma))], poiché anche in questa ipotesi l'affidabilità della traduzione può, nella maggior parte dei casi, solo presumersi e non anche concretamente essere verificata.





### 3. UN'IPOTESI DI INTERAZIONE COMPLESSA. IL CASO DELLA KAFALA

La seconda delle ipotesi ricordate – relativa a istituti di diritto straniero che, pur non apparendo immediatamente contrari a principi fondanti l'ordinamento del foro, comunque pongono seri *problemi di riconoscibilità* – è, ad esempio, quella della kafala (o *kafalah*), strumento di protezione dell'infanzia abbandonata piuttosto diffuso in molti ordinamenti statali dell'area islamica.

La kafala si radica in un contesto estremamente particolare agli occhi dell'osservatore occidentale: infatti l'adozione per come noi la conosciamo è vietata dal Corano, coerentemente con i molti precetti di matrice religiosa che impediscono la *rottura* del legame naturalistico sotteso alla filiazione<sup>26</sup>; tale divieto è recepito in moltissimi ordinamenti nazionali<sup>27</sup>. Tuttavia, tra i doveri del buon musulmano rientra senza dubbio anche quello di occuparsi dei bisognosi, e tra essi in particolare degli orfani; la kafala è appunto lo strumento giuridico attraverso il quale offrire protezione ai minori in stato di bisogno, senza però infrangere alcun divieto di diritto divino. Un adulto (*kafil*), o più spesso una coppia di adulti, si impegna a prendersi cura di un minore (*makfoul*), con atto revocabile i cui effetti sono ordinariamente destinati ad interrompersi solo con la maggiore età, senza però che si instauri alcun legame giuridico di filiazione tra il *kafil* ed il *makfoul*<sup>28</sup>: il minore insomma non assume il nome del soggetto cui è «affidato» *sub* kafala né lo *status* di figlio ad alcun fine giuridicamente rilevante; può al più essere previsto che, con apposita dichiarazione

<sup>26</sup> Quanto al divieto coranico, ordinariamente si ritiene che esso discenda dal versetto XXXIII, 4-5, secondo cui «Dio non ha posto nelle viscere dell'uomo due cuori, né ha fatto delle mogli vostre che voi ripudiate col *zihar*, delle madri, né dei vostri figli adottivi dei veri figli. Questo lo dite voi con la vostra bocca, ma Dio dice la Verità e guida sulla Via! Chiamate i vostri figli adottivi dal nome dei loro veri padri, siano essi vostri fratelli nella religione e vostri protetti. E non vi saranno imputati a peccato gli errori che ignari abbiate commesso a questo riguardo, ma solo quel che intenzionalmente avranno voluto i vostri cuori. E Dio è indulgente clemente!». L'adozione, peraltro, era considerata lecita ed era di fatto praticata nel periodo preislamico, al punto che notoriamente lo stesso Maometto aveva adottato il figlio Zayd; cfr. A. CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, in ID. (cur.), *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea*, cit., 219 ss.

A proposito della concezione islamica della famiglia come istituzione di origina divina e della credenza secondo la quale anche i vincoli di filiazione sarebbero espressione della volontà di Dio, con conseguente divieto per l'uomo di costituirne di *artificiali*, cfr. J. LONG, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafala e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 178 ss.

<sup>27</sup> In tema di recepimento del divieto coranico negli ordinamenti nazionali, A. CILARDO, *op. ult. cit.*, spec. p. 236 ricorda, tra i Paesi che consentono l'adozione, l'esempio della Tunisia; il rapporto 2011 *Adoption and the Care of Orphan Children* dell'*American Society for Muslim Advancement* ([www.wisemuslimwomen.org](http://www.wisemuslimwomen.org)) conferma il caso della Tunisia ed indica, tra gli altri Paesi che non vietano l'adozione, l'Indonesia, la Malesia, la Somalia e la Turchia.

<sup>28</sup> Questi i tratti definatori essenziali dell'istituto della kafala; niente impedisce, ovviamente, che le legislazioni dei singoli Stati dell'area islamica individuino regole di dettaglio anche considerevolmente diverse tra loro; per una panoramica sulla legislazioni tunisina, libica, algerina egiziana e marocchina v. A. CILARDO, *op. ult. cit.*



testamentaria, al *kafil* sia consentito equiparare il *makfoul* ad uno dei suoi eredi<sup>29</sup> (ciò che, a ben vedere, appunto conferma l'estraneità familiare tra il minore ed il *kafil*).

In prima approssimazione, dunque, la kafala è paragonabile alla *nostra* adozione: entrambi gli istituti servono, per così dire, lo stesso *scopo*, quello cioè di garantire i diritti del minore che versi in stato di abbandono<sup>30</sup>. Del resto, che alle pratiche adottive, ma *in senso lato*, la kafala sia da assimilare è confermato anche dalla menzione che essa riceve in alcune convenzioni internazionali in materia di protezione dell'infanzia, nelle quali l'istituto è appunto affiancato – anche se mai sovrapposto – a quello dell'adozione di matrice romanistica<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Cfr., specificamente sul punto dell'equiparazione dell'affidato *sub kafala* agli altri eredi del *kafil*, A. CILARDO, *La riforma del diritto di famiglia in Marocco*, in F. MAZZEI e P. CARIOTI (cur.), *Scritti in onore di Adolfo Tamburello. Oriente, occidente e dintorni...*, vol. I, Napoli, 2010, 467 ss. e M. ORLANDI, *La Kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. famiglia e delle persone*, 2005, 635 ss.

<sup>30</sup> Il termine «kafala», peraltro, non è traducibile con «adozione», ma piuttosto con «tutela» o «garanzia» (prima che la kafala divenisse strumento principe di tutela del minore in molti ordinamenti nazionali di area islamica, peraltro, il termine indicava solo, tecnicamente, la «fideiussione»); sul punto cfr., più approfonditamente, A. CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, cit., 219 ss.

<sup>31</sup> La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo (adottata dall'ONU il 20 novembre 1989, ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176 ed entrata in vigore il 5 ottobre 1991) menziona espressamente la kafala all'art. 3: «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. 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 dell'affidamento familiare, della *kafalah* di diritto islamico, dell'adozione o, in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica». Un ulteriore riferimento alla kafala è contenuto nella Convenzione dell'Aja 19 dicembre 1996, *Sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori*, art. 3: «The measures referred to in Article 1 [Oggetti della Convenzione] may deal in particular with: a) the attribution, exercise, termination or restriction of parental responsibility, as well as its delegation; b) rights of custody, including rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence, as well as rights of access including the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child's habitual residence; c) guardianship, curatorship and analogous institutions; d) the designation and functions of any person or body having charge of the child's person or property, representing or assisting the child; e) the placement of the child in a foster family or in institutional care, or the provision of care by kafala or an analogous institution; f) the supervision by a public authority of the care of a child by any person having charge of the child; g) the administration, conservation or disposal of the child's property». Quest'ultima convenzione, tuttavia, è stata solo sottoscritta (nel 2003), ma non anche ratificata, dall'Italia. Sembra peraltro verosimile ritenere che l'inserimento di un riferimento alla kafala nella convenzione sia proprio dovuto alla diplomazia marocchina, visto che il Marocco ha firmato la convenzione soltanto una volta che il testo era stato modificato in tal senso (ed *appena* il testo è stato modificato in tal senso); sul punto cfr. C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, cit., spec. pp. 70-71. Deve poi essere ricordata anche la Carta Africana sui diritti e sul benessere del bambino del 1990, entrata in vigore del 1993, il cui articolo 24 prende in considerazione l'adozione internazionale esclusivamente come mezzo residuale ed alternativo di cura del minore, cui ricorrere soltanto «if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any



La kafala può avere natura negoziale o giudiziale: sebbene dunque non siano escluse forme di *affidamento* su base essenzialmente contrattuale, nella maggior parte dei Paesi – o almeno di quelli le cui regole, per ragioni inerenti ai flussi migratori verso l'Italia, vengono più spesso in considerazione nel nostro ordinamento – l'attribuzione della kafala avviene all'esito di un controllo da parte dell'autorità giudiziaria.

#### 4. IL DIFFICILE INQUADRAMENTO DELLA KAFALA RISPETTO ALLE COORDINATE DEL *NOSTRO* DIRITTO DI FAMIGLIA

Nel tentativo di individuare i caratteri fondamentali dell'istituto in esame in riferimento alle categorie giuridiche occidentali è utile provare a verificare se, tra i *nostri* strumenti di protezione dell'infanzia abbandonata, ve ne sia uno cui la kafala corrisponde, o almeno cui essa *somiglia* tanto da poter essere ad esso tendenzialmente assimilata<sup>32</sup>.

La prima possibilità, teoricamente la più semplice, è proprio quella di *convertire* la kafala nella *nostra* adozione legittimante. Il cardine della *nostra* adozione, però, è proprio la definizione di un rapporto giuridico di filiazione tra adottato e genitori adottivi, con scissione tra la filiazione giuridica e quella biologica e rescissione di ogni vincolo di parentela con la famiglia di origine dell'adottato<sup>33</sup>; proprio tali effetti caratterizzanti, tuttavia, sono esclusi nella kafala e, dunque, a me pare che la strada verso l'assimilazione con l'adozione legittimante sia *tutta in salita* e, forse, non meriti di essere percorsa.

Sembra preferibile ritenere che la kafala non possa essere assimilata neppure ad un affidamento preadottivo. Da un lato, infatti, l'affidamento preadottivo è pur sempre, contrariamente alla kafala, una misura temporanea a tutta *interna* ad un procedimento; dall'altro esso è finalizzato all'adozione e, dunque, è finalisticamente orientato ad un istituto che con la kafala condivide soltanto la *ratio* solidaristica, ma non anche la regolazione giuridica dei rapporti interpersonali.

Molti più elementi in comune con la kafala li hanno, invece, alcune ipotesi di adozione «in casi particolari» (c.d. adozione non legittimante), e segnatamente quelle di cui alle lettere a) e d) dell'art. 44 l. 4 maggio 1983 n. 184, e, soprattutto, l'affidamento eterofamiliare. Come nella kafala, con l'adozione in casi particolari non vengono meno i rapporti di parentela tra il minore e la famiglia di origine, è data all'adottato la possibilità di conservare il proprio nome e cognome, non è esclusa l'adozione da parte dei parenti; alcune differenze permangono invece in materia di diritto successorio e rispetto alla durata non temporanea dell'istituto di diritto italiano. Tra gli strumenti di protezione dell'infanzia previsti in Italia, quello che non determina vincoli di filiazione e non

---

suitable manner be cared for in the child's country of origin» ed il cui riferimento alla «foster family» può ben essere letto come un richiamo, sia pure implicito, all'istituto della kafala.

<sup>32</sup> In tema cfr. G. PIZZOLANTE, *La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2007, 947 ss. e M. ORLANDI, *La kafala islamica ed il suo riconoscimento come adozione*, cit.

<sup>33</sup> Cfr. anche, in questo senso, il testo dell'art. 26 della Convenzione dell'Aja del 1993.



incide sui diritti successorii è poi l'affidamento eterofamiliare, che come la kafala manca anche di definitività; anzi, semmai la kafala sembrerebbe, durando di regola sino alla maggiore età del *makfoul*, più stabile dell'affidamento eterofamiliare, il cui fine ultimo è pur sempre il reinserimento del minore nella propria famiglia d'origine.

Se si vuole, dunque, ricercare nell'ordinamento domestico una figura assimilabile alla kafala, l'operazione richiederà una sorta di *patchwork*; sarà cioè necessario inventare (nel senso dell'*inventio*) la figura giuridica corrispondente alla kafala riunendo caratteristiche e *rationes* di diversi istituti disciplinati in Italia.

## 5. COMPATIBILITÀ A CEDU DI EVENTUALI COMPRESSIONI DEL *BEST INTEREST* DEL MINORE

Alla luce della ricostruzione proposta, dunque, sembrano condivisibili le molte pronunce dei giudici italiani che da sempre hanno escluso la possibilità, per gli affidatari *sub* kafala, di poter ottenere l'adozione legittimante del *makfoul*<sup>34</sup>, riconducendo l'istituto piuttosto all'adozione «in casi particolari»<sup>35</sup>, ovvero all'affidamento eterofamiliare<sup>36</sup>. La mancata assimilazione degli effetti della kafala a quelli dell'adozione legittimante, se da un lato senz'altro assicura il massimo rispetto del divieto coranico<sup>37</sup>, dall'altro può anche comportare conseguenze deteriori per il soggetto

<sup>34</sup> Per primo Trib. min. Trento 11 marzo 2002, *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2002, 1056; in *Dir. famiglia*, 2004, 135, con osservazione di A. GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 149, con nota di J. LONG, *Adozione extraconvenzionale di minori provenienti da Paesi islamici*; in *Dir. imm. e citt.*, 2004, 2, 178 ss., con nota di A. VANZAN e L. MIAZZI, *Kafala e protezione del minore in Italia*.

<sup>35</sup> È questa la soluzione accolta proprio da Trib. Trento 11 marzo 2002, cit.; essa, tuttavia, pare soprattutto dettata da ragioni pratiche. Il giudice infatti, escluso di poter accogliere la richiesta di adozione dei coniugi affidatari *sub* kafala, prende in considerazione il dato di fatto per cui il minore «si trova ormai in territorio italiano, affidato ad una coppia di nazionalità italiana e senza prospettiva alcuna di poter trovare adeguata accoglienza in caso di ritorno in patria» e conclude osservando che «non [è] preclusa ai coniugi la possibilità di chiedere, nel preminente interesse del minore, l'adozione del medesimo secondo le forme» di cui all'art. 44, lett. c), l. n. 184/83, disposizione relativa all'adozione non legittimante per le ipotesi di «constatata impossibilità di affidamento preadottivo». Insomma il giudice rigetta la domanda e al contempo suggerisce il da farsi: presentare istanza di adozione «in casi particolari» insistendo sull'interesse del minore a rimanere in Italia e sulla circostanza per la quale egli era già venuto a creare, di fatto, un rapporto paragonabile a quello genitoriale con gli affidatari, ed aspettare di vedere accolta la propria richiesta.

<sup>36</sup> Tracce della tesi secondo cui la kafala sarebbe assimilabile all'affidamento eterofamiliare si rinvencono in App. Bologna 22 gennaio 2010, *Quaderni dir. e pol. ecclesiastica*, 2011, 795; esclude invece di poter pronunciare l'adozione in casi particolari di un *makfoul* Trib. min. Brescia 12 marzo 2010, *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2010, 760 ed in *Quaderni dir. e pol. ecclesiastica*, 2010, 800, per il quale risultano irrimediabilmente ostative le rilevanti differenze tra i due istituti in materia successoria e di durata.

<sup>37</sup> Sembrano particolarmente interessanti, a questo proposito, le osservazioni contenute in Cass. 4 novembre 2005, n. 21395, *Guida al dir.*, 2005, fasc. 45, 28, secondo la quale «l'istituto della kafala [...] vuole realizzare una vera e propria presa in carico educativa da parte degli affidatari, ben paragonabile al contenuto del nostro affidamento familiare [, ma] dal punto di vista giuridico-formale non intende trasferire anche la tutela, giacché, così, verrebbe contraddetto il



*affidato* (ad esempio, ed intuitivamente, sul piano successorio), con conseguente possibile compressione del *best interest* del minore.

La questione è recentemente venuta all'attenzione della Corte di Strasburgo in riferimento al divieto di adottare minori il cui Stato di cittadinanza proibisca l'adozione, previsto dall'art. 370-3 *Code civil* francese dopo la riforma del 2001<sup>38</sup>, e su ricorso di una donna, affidataria *sub kafala* di una bambina algerina, che chiedeva di poterla appunto adottare per garantirle la possibilità di permanere in Francia, dopo la morte della «madre», insieme alla «nonna» con cui le due donne vivevano e di godere dei diritti successori<sup>39</sup>.

La Corte, ricordato che l'art. 8 CEDU tutela la vita privata e familiare, ma non per questo fonda un qualche *diritto ad adottare*<sup>40</sup>, rileva come in questa materia esista un margine di apprezzamento statale particolarmente ampio, dovuto non solo alla formulazione *aperta* della disposizione convenzionale ed alla impossibilità di identificare precisamente le obbligazioni positive che da essa discendono per gli Stati, ma anche dal disaccordo che tra i Membri della Convenzione si registra a

principio, cui quella legislazione tiene particolarmente, che non debba mai venire perduto il legame del minore con le proprie origini».

L'interesse a rispettare il divieto coranico non nasce, peraltro, esclusivamente da istanze multiculturali, ma più prosaicamente anche dall'opportunità di mantenere con gli Stati esteri buone relazioni diplomatiche. Da un lato si ha infatti uno Stato – quello dell'area di diritto islamico – nel quale l'adozione è radicalmente vietata, e che pure conosce uno strumento di protezione dell'infanzia abbandonata; dall'altro uno Stato – quello occidentale – la cui normativa interna è evidentemente orientata all'adozione legittimante quale strumento (non unico, ma pur sempre) prevalente di inserimento del minore in una famiglia: non è difficile immaginare che il primo non accolga favorevolmente l'ipotesi che un minore nato nel proprio territorio possa eludere un divieto coranico per il solo fatto di essere stato affidato *sub kafala* a coniugi occidentali, né è difficile immaginare che nella regolazione nazionale del riconoscimento di effetti della *kafala* si possa decidere di tenere in considerazione simile evenienza. Più approfonditamente a proposito della opportunità di evitare, nel disciplinare gli effetti della *kafala* in un ordinamento occidentale, *imbarazzi* diplomatici, v. M. ORLANDI, *op. ult. cit.*, 647 ss.

<sup>38</sup> Il testo dell'art. 370-3 *Code civil*, introdotto dalla l. 6 febbraio 2001, n. 111, è il seguente: «Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe. L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant».

<sup>39</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo 4 ottobre 2012, *Harroudj c. France* (ric. n. 43631/09).

<sup>40</sup> Secondo la ben nota prospettiva per cui, almeno dal punto di vista strettamente giuridico, l'adozione non realizza il diritto dei genitori ad avere un bambino, ma quello del bambino a crescere in una famiglia (cfr., da ultimo, Tribunal constitucional [ESP], 6 novembre 2012, n. 198 e, tra i commenti, in italiano L. CONTE, *La sentenza del Tribunal Constitucional del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale, tra "polisemia" e normalizzazione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).



proposito delle modalità del riconoscimento della kafala negli ordinamenti nazionali<sup>41</sup>, e conclude dunque per la non contrarietà a Convenzione della legge francese.

In particolare, nell'individuazione del giusto punto di equilibrio tra gli interessi generali e quello del minore (e dell'adulto ricorrente), la Corte ritiene di dover prendere in considerazione: la possibilità senz'altro riconosciuta dal diritto nazionale di assicurare l'ingresso del minore nella successione dell'adulto attraverso idonee clausole testamentali; la possibilità di nominare un tutore legale del minore in caso di decesso dell'affidatario *sub* kafala (il riferimento, sia pure sfumato, sembra essere diretto al ruolo della «nonna» in caso di morte della ricorrente); la possibilità di aggirare il divieto di adozione facendo ottenere al minore in un breve tempo (5 anni, secondo la legge francese) la cittadinanza dello Stato in cui vive e, a quel punto, chiederne l'adozione. Attraverso simili accorgimenti, secondo la Corte, lo Stato francese stabilisce un meccanismo progressivo di integrazione del minore straniero senza con ciò imporre la rescissione totale dei legami con il Paese d'origine, ed in tal modo rispetta il pluralismo culturale ed individua il corretto bilanciamento tra tutti gli interessi (pubblici e privati) in gioco.

Si può forse immaginare che se la ricorrente, prima di richiedere l'adozione, si fosse attivata per far ottenere alla bambina la cittadinanza francese, probabilmente la questione non sarebbe mai nemmeno arrivata all'attenzione della Corte; più complesso invece prevedere quale sarebbe stata la decisione se il diritto francese non avesse apprestato delle *contromisure* al divieto di adozione di cui all'art. 370-3 *Code civil*: le conclusioni della Corte di Strasburgo appaiono infatti, e non solo in questo caso, certamente suscettibili di produrre *rationes decidendi* che la Corte stessa tenderà a considerare vincolanti rispetto a proprie decisioni future, ma pur sempre strettamente legate al caso di specie, come si conviene peraltro a pronunce rese per definire una controversia tra il ricorrente e lo Stato convenuto<sup>42</sup>.

Due indicazioni, tuttavia, meritano di essere isolate dalle argomentazioni della Corte ed evidenziate in modo particolare. In primo luogo quella secondo la quale impedire l'adozione dei minori affidati *sub* kafala, o anche l'assimilazione degli effetti legali della kafala a quelli della *nostra* adozione (quella cioè legittimante) non è, di per sé, contrario a Convenzione, ma occorrerà verificare in concreto l'esistenza di altri strumenti che consentano, per vie parallele o anche diverse, la cura degli interessi del minore. In secondo luogo – ed i due profili sono evidentemente interconnessi – che secondo la Corte l'interesse del minore è suscettibile di entrare nel

<sup>41</sup> Nella pronuncia si dà conto di un'indagine di diritto comparato, presumibilmente svolta presso l'ufficio studi della Corte, relativa alla disciplina di 22 degli Stati contraenti, dalla quale emerge che nessuno di essi assimila la kafala all'adozione e che soltanto in qualche caso essa è assimilata ad istituti di tutela, di curatela o, al più, all'affidamento preadottivo (punti 21 e 22 della sentenza).

<sup>42</sup> In generale, sulle modalità operative della Corte di Strasburgo e sulle difficoltà di identificare nella sua giurisprudenza, specialmente per il giurista continentale, i dati rilevanti ai fini dell'individuazione di *quel che fa precedente*, cfr., da ultimo, V. ZAGREBELSKY, *Spinelli Lecture 2011*, testo completo in ID., *La corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni – Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Foro it.*, 2012, V, 29 ss. e F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, Relazione tenuta a Bruxelles il 24 maggio 2012, testo disponibile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).



bilanciamento con gli altri interessi sottesi alla questione, anche pubblici, come quello alla regolamentazione dell'acquisizione e delle vicende dello *status* di figlio (anche adottivo).

#### 6. GLI EFFETTI DELLA KAFALA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. IL LIMITE DELL'ORDINE PUBBLICO E L'IPOTESI DELLA DELIBAZIONE

Il primo problema che si pone al momento di stabilire se la kafala possa produrre effetti nell'ordinamento italiano (e, se sì, quali) è quello dell'eventuale operatività, rispetto all'istituto ed in ragione dei suoi tratti caratterizzanti, del limite dell'ordine pubblico. Una prima prospettiva applicativa è infatti proprio quella secondo la quale occorrerebbe prendere atto della contrarietà all'ordine pubblico della kafala e, di conseguenza, impedire che essa produca alcun effetto nel foro<sup>43</sup>.

A mio modo di vedere, tuttavia, tale conclusione è inesatta. Anzitutto, infatti, l'affermazione della contrarietà all'ordine pubblico della kafala risponde ad una domanda certamente legittima, ma non giuridicamente rilevante, poiché – come già osservato – la legge di riforma del diritto internazionale privato richiede al giudice di domandarsi se *gli effetti dell'applicazione* della legge straniera (e non *la legge straniera*) siano o meno contrari all'ordine pubblico; inoltre, anche nel caso in cui la questione della compatibilità della kafala con l'ordine pubblico si dovesse ritenere, invece, rilevante, mi pare che il solido inquadramento dell'istituto tra gli strumenti previsti dal sistema internazionale di protezione dei minori possa valere ad escludere la contrarietà della kafala all'ordine pubblico o, comunque, a suggerire maggiore prudenza nell'applicazione indiscriminata del relativo limite<sup>44</sup>.

Atteso dunque che la kafala è astrattamente idonea ad assumere efficacia nell'ordinamento italiano, la prima ipotesi percorribile per ottenere il relativo riconoscimento è, nei casi in cui la kafala abbia matrice giudiziale, quella della delibazione del provvedimento straniero. Concretamente, il caso si è verificato con riguardo all'azione *ex artt. 66 e 67 l. n. 218/95* di due «genitori» cui il *makfoul* era stato affidato con provvedimento del giudice marocchino e che adducevano, a sostegno della domanda, l'interesse del minore – affetto da una grave malattia – ad accedere alle cure mediche garantite dal servizio sanitario nazionale italiano.

La domanda era accolta dalla Corte d'appello sui presupposti dell'equiparabilità della kafala all'affidamento previsto dal diritto interno e della insussistenza, nei tratti caratterizzanti dell'istituto,

<sup>43</sup> Così Trib. Verona 12 luglio 2010, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2011, 811 (Il provvedimento è disponibile anche in [www.stranieriinitalia.it](http://www.stranieriinitalia.it)).

<sup>44</sup> Cfr. R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 197 ss., secondo la quale «la vigenza attuale o futura di questi due atti internazionali [Conv. inter. diritti fanciullo e Conv. Aja 1996] vale dunque ad imporre anche allo Stato italiano l'obbligo di riconoscere efficacia a tale istituto e di escluderne, contestualmente la contrarietà con l'ordine pubblico»; tra le pronunce giurisdizionali, esclude la contrarietà all'ordine pubblico in ragione della menzione della kafala nella Convenzione di New York del 1989, App. Torino 18 luglio 2007, *Dir. famiglia*, 2008, 143.



di qualsiasi elemento di contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative di diritto nazionale che potesse risultare ostativo al riconoscimento di efficacia del provvedimento in Italia<sup>45</sup>. La Cassazione, al contrario, *rovescia* la decisione del giudice di merito stabilendo che la domanda di delibazione non poteva essere proposta *ex art.* 67, 2° comma, l. n. 218/95, ma avrebbe dovuto essere proposta ai sensi della l. n. 183/84<sup>46</sup>. In particolare, ricorda la Cassazione che la legge di riforma del diritto internazionale privato ha sì abrogato gli artt. 796 ss. c.p.c. in tema di delibazione delle sentenze straniere, sostituendo a quel procedimento un riconoscimento «tendenzialmente automatico» delle pronunce al momento del loro passaggio in giudicato, ma ha al contempo espressamente fatto salve, all'art. 41, le leggi speciali in tema di adozioni dei 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»<sup>47</sup>.

L'*iter* argomentativo della Cassazione, tuttavia, non convince del tutto. L'art. 41 l. n. 218/95 prevede infatti la riconoscibilità in Italia dei provvedimenti stranieri «in materia di adozione» ai sensi degli artt. 64, 65 e 66 della stessa legge (1° comma) e, poi, indica la salvezza delle «disposizioni delle leggi speciali in materia di adozione dei minori» (2° comma). La Cassazione, che riconduce proprio all'ipotesi presa in considerazione dall'art. 41, 2° comma, l. n. 218/95 il caso della domanda di delibazione del provvedimento di kafala giudiziale, finisce dunque con l'assimilare, sia pure implicitamente ed al fine di impedire la delibazione, la kafala all'adozione, cioè proprio a quell'istituto il cui divieto giustifica, in diritto, l'esistenza stessa della kafala. Ancor più singolare appare poi l'assimilazione della kafala all'adozione ai fini della delibazione del relativo provvedimento, se si pone mente al fatto che essa proviene da quello stesso giudice che, come si vedrà, quando si è trattato di assicurare o di negare l'ingresso in Italia al minore straniero affidato *sub* kafala ha sempre affermato con convinzione (e condivisibilmente) l'impossibilità di equiparare l'istituto alla *nostra* adozione.

## 7. KAFALA E RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE. IL CASO DELL'INGRESSO DEL MINORE AFFIDATO AD ADULTI STRANIERI

La maggior parte delle pronunce rese dai giudici italiani sulla kafala ha riguardato la legittimità dell'ingresso in Italia del minore «affidato». L'ipotesi che merita di essere trattata per prima è

<sup>45</sup> App. Roma 30 novembre 2009, n. 4733, inedita.

<sup>46</sup> Cass. 23 settembre 2011, n. 19450, *Corr. giur.*, 2012, 197, con osservazione di P. MOROZZO DELLA ROCCA.

<sup>47</sup> Nel senso della inapplicabilità dei meccanismi di riconoscimento «automatico» che costituiscono, dopo l'entrata in vigore della l. n. 218/95, la regola generale del diritto internazionale privato e processuale, ai provvedimenti stranieri in materia di adozione o affidamento di minori, v. anche Cass. 23 gennaio 2004, n. 1155, *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2005, 174 e Cass. 18 marzo 2006, n. 6079, *Giust. civ. mass.*, 2006, 3. Da ultimo, in tema di riconoscimento del provvedimento di adozione pronunciato all'estero, v. Cass. 14 febbraio 2011, n. 3572, *Foro it.*, 2011, I, 728, con nota di G. DE MARZO.





quella relativa all'affidamento del *makfoul* a cittadini stranieri che, regolarmente soggiornanti sul territorio italiano, chiedano (il riconoscimento di effetti della kafala al limitato fine) di potersi ricongiungere al minore.

In questo caso la disciplina applicabile dovrà ricavarsi dal d.leg. 25 luglio 1998 n. 286 (t.u. imm.), ed in particolare dalla disciplina del tit. IV, dedicato al diritto all'unità familiare ed alla tutela dei minori. Rilevano dunque anzitutto l'art. 29, 1° comma, lett. b), secondo il quale lo straniero può chiedere il ricongiungimento dei «figli minori, anche del coniuge o nati fuori dal matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso», ed il successivo 2° comma dello stesso articolo, a norma del quale «ai fini del ricongiungimento si considerano minori i figli di età inferiore a diciotto anni al momento della presentazione dell'istanza di ricongiungimento. I minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli»; ai fini dell'individuazione della più corretta interpretazione della disposizione, poi, cruciale rilevanza assume l'art. 28, 3° comma, t.u. imm., secondo il 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 1989.

Inizialmente i giudici italiani avevano accolto un'interpretazione dell'art. 29 t.u. imm. secondo la quale il minore affidato *sub kafala* non poteva in alcun caso ricongiungersi con stranieri residenti in Italia, poiché la legge escludeva la *kafala* dagli istituti equiparati alla filiazione biologica, menzionando invece espressamente solo l'adozione, l'affidamento e la sottoposizione a tutela<sup>48</sup>. La lettura, in dottrina definita «estremamente restrittiva e formalistica»<sup>49</sup>, sicuramente rendeva un considerevole omaggio al dato letterale e non solo escludeva l'ovvio, cioè che la kafala fosse testualmente inclusa nel dettato normativo, ma anche che essa fosse equiparabile, sia pure ai pur limitati fini del ricongiungimento familiare, all'adozione, all'affidamento o alla tutela. La stessa dottrina suggeriva però di far leva sulla *ratio* sottesa all'art. 29, 2° comma, t.u. imm., di valorizzazione *anche* dei rapporti genericamente definibili di tipo *paragenitoriale*: sulla base di essa dovrebbe concludersi che la kafala potrebbe costituire titolo per il ricongiungimento non soltanto ove risultasse assimilabile ad uno degli istituti giuridici presi direttamente in considerazione dalla disposizione, ma anche ove mostrasse di produrre effetti assimilabili ora a quelli propri di uno degli istituti menzionati dal testo, ora a quelli propri di un altro<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Così Trib. Reggio Emilia 9 febbraio 2005, *Dir. imm. e citt.*, 2005, 2, 183 ss. ed in *Quad. dir. e pol. ecclesiastica*, 2006, 906 ss.; successivamente, cfr. anche Avv. Stato, parere comitato consultivo 19 gennaio 2006, n. 7032, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2006, 1, 247 ss., che aderisce all'interpretazione inizialmente praticata dai tribunali di primo grado.

<sup>49</sup> J. LONG, *Kafala e ricongiungimento familiare*, in *Dir. imm. e citt.*, 2008, I, 73 ss., spec. p. 74.

<sup>50</sup> J. LONG, *op. ult. cit.*; questa lettura si fa particolarmente apprezzare soprattutto perché tende ad evidenziare che la *ratio* sottesa alla previsione del t.u. imm. sarebbe volta a consentire l'integrazione nel sistema giuridico nazionale di modelli familiari – e, più in generali, di modelli giuridici delle relazioni interpersonali – diversi da quelli tradizionalmente accolti nell'ordinamento italiano.



Una prospettiva non molto diversa è adottata, sin dal 2006, da alcuni giudici di merito, i quali giungono per la prima volta a ritenere la kafala titolo per il ricongiungimento sul presupposto che i concetti di adozione, affidamento e sottoposizione a tutela non possano essere parametrati a forme giuridiche proprie esclusivamente del diritto interno, ma debbano invece essere interpretati estensivamente, in modo da garantire rilievo in Italia anche agli istituti di diritto straniero produttivi di effetti «omologhi» (anche se non *identici*) a quelli prodotti dagli istituti domestici nominati dalla legge<sup>51</sup>.

La possibilità che la kafala valga da titolo per il ricongiungimento con *affidatari* stranieri è confermata dalla Corte di cassazione nel 2008, sulla base però di argomentazioni non identiche a quelle già accolte dai giudici di merito. In particolare, per la Cassazione, due canoni argomentativi assumono particolare rilevanza: l'interpretazione conforme a Costituzione del t.u. imm. e la considerazione dei possibili effetti discriminatori che si produrrebbero nell'ipotesi in cui la kafala non potesse in alcun caso funzionare da titolo per il ricongiungimento. Sul primo versante, la Cassazione afferma che l'interpretazione da preferire dell'art. 29, 2° comma, d.leg. n. 286/98 è senz'altro quella che realizza l'equo bilanciamento degli interessi in gioco: «l'esigenza di protezione dei minori» e «la tutela democratica dei confini dello Stato»<sup>52</sup>. Tali interessi, tuttavia, per la Corte non possono essere posti sullo stesso piano, poiché il giudice costituzionale già si è espresso nel senso di una «tendenziale prevalenza» del principio di protezione del minore rispetto a quelli di difesa del territorio e contenimento del fenomeno migratorio<sup>53</sup>; di qui, per la Cassazione, l'illegittimità di un'interpretazione della legge che portasse, in ipotesi, ad escludere pregiudizialmente la kafala dai titoli per il ricongiungimento. Simile esclusione, aggiunge la Corte, inoltre «penalizzerebbe (anche con *vulnus* al principio di eguaglianza) tutti i minori, di paesi arabi,

<sup>51</sup> Trib. Firenze 9 novembre 2006, *Quad. dir. e pol. ecclesiastica*, 2007, 846; App. Torino 18 luglio 2007, cit.; Trib. Biella 26 aprile 2007, *Dir. famiglia*, 2007, 4, 1810, con nota di J. LONG, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con kafala*; App. Torino 30 maggio 2007, *Dir. imm. e citt.*, 2008, I, 181; Trib. min. Reggio Calabria 10 ottobre 2006, *Famiglia e minori*, 2006, 2, 86.

<sup>52</sup> Cass. 20 marzo 2008, n. 7472, *Famiglia e dir.*, 2008, 675, con nota di R. GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell'immigrazione*; in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2008, 809; in *Dir., imm. e citt.*, 2008, 2, 148; in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 1229; in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 891, con nota di L. RACHELI, *La kafalah di diritto islamico è un presupposto per il ricongiungimento familiare*; in *Famiglia e minori*, 2008, 5, 42; in *Dir. famiglia*, 2008, 1190. Sono sostanzialmente identiche, almeno ai fini qui rilevanti, alcune pronunce successive che confermano completamente l'orientamento inaugurato con la sentenza n. 7472: Cass. 2 luglio 2008, n. 18174, *Giust. civ. Mass.* 2008, 7-8, 1083; Cass. 17 luglio 2008, n. 19734, *Foro it.*, 2009, I, 1179, con nota di P. PASSAGLIA (su cui v. J. LONG, *Ancora sul ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, in *Dir. imm. e citt.*, 2009, 2, 112; E. DE FEIS, *La kafalah islamica come strumento di tutela dei minori e presupposti del riconoscimento in Italia*, in *Famiglia e dir.*, 2009, 481).

<sup>53</sup> Il riferimento è a Corte cost. 5 luglio 2003 n. 198, *Foro it.*, 2003, I, 2240, che dichiara infondata «nei sensi di cui in motivazione» la q.l.c. avente ad oggetto l'art. 32, 1° comma, d.leg. n. 286/98 nella parte in cui prevederebbe che, al compimento della maggiore età, il permesso di soggiorno possa essere rilasciato anche nei confronti dei minori stranieri sottoposti a tutela.



illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono, per i quali la kafalah è [...] l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici»<sup>54</sup>.

Quanto poi alla qualificazione dell'istituto, per la Corte è preferibile ritenere che esso si collochi - quanto meno ai fini dell'applicazione delle norme del t.u. imm. in tema di ricongiungimento familiare - *a metà* tra l'affidamento e l'adozione: fra kafala e affidamento, infatti, «prevalgono, sulle differenze, i punti in comune», ma la prima è «più dell'affidamento, vicina all'adozione, in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la kafala [...] si prolunga tendenzialmente fino alla maggiore età dell'affidato»<sup>55</sup>.

#### 7.1. segue. *Il caso dell'ingresso del minore affidato a cittadini italiani*

La giurisprudenza del 2008, accolta dai giudici di merito e poi confermata nel 2010<sup>56</sup>, riguarda però sempre ipotesi in cui il minore era stato affidato *sub* kafala a cittadini stranieri, e dunque fattispecie tutte *interne* al t.u. imm.; più complessa, invece, è l'ipotesi di in cui siano dei cittadini italiani a richiedere l'autorizzazione all'ingresso in Italia del minore straniero loro affidato *sub* kafala.

A questo proposito, il t.u. imm. prevede all'art. 28, 2° comma, che «ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione Europea continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1965, n. 1656, fatte salve quelle più favorevoli della presente legge o del regolamento di attuazione». Il d.P.R. n. 1656/65 è tuttavia stato abrogato, ed oggi il riferimento deve essere inteso al d.leg. 6 febbraio 2007 n. 30, di attuazione della direttiva 2004/38/CE in tema di diritto di circolazione e soggiorno, ed in specie all'art. 23, secondo il quale «le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana». La direttiva, infatti, non disciplina il ricongiungimento dei familiari del soggetto che risiede nello Stato di cui è

<sup>54</sup> Che la kafala sia *l'unico* strumento di protezione dell'infanzia abbandonata in tutti gli ordinamenti islamici non è del tutto vero, poiché come si è detto non mancano ordinamenti dell'area islamica che conoscono anche altri istituti di protezione dei minori in stato di bisogno. La generalizzazione della Cassazione, tuttavia, non è per niente grave, poiché l'argomentazione che la contiene è comunque suscettibile di assumere valenza per tutti quegli Stati in cui effettivamente non esistono strumenti alternativi alla *kafala*, ma di identica *ratio* solidaristica.

<sup>55</sup> La Cassazione precisa poi immediatamente che l'affermazione della valenza di titolo al ricongiungimento della kafala non contraddice in alcun modo Cass. n. 21395/05, cit., che aveva negato agli affidatari *sub* kafala la legittimazione ad opporsi alla dichiarazione di adottabilità del minore sul presupposto che essi fossero esclusi dalle categorie di soggetti richiamati dall'art. 17 l. n. 184/83, poiché la decisione del 2005 si limitava ad analizzare un profilo esclusivamente processuale, quello appunto della legittimazione, senza affermare l'inidoneità a qualsiasi forma di riconoscimento della kafala nell'ordinamento italiano, ma anzi assimilandola, sia pure in un passaggio argomentativo non necessariamente rilevante ai fini del decidere, all'affidamento preadottivo.

<sup>56</sup> Tra le pronunce dei giudici di merito v. Trib. Rovereto 21 maggio 2009. Per la giurisprudenza di legittimità v. invece Cass. 28 gennaio 2010, n. 1908, *Giust. civ. Mass. 2008*, 3, 450 (rv. 611621), che si richiama integralmente ai precedenti del 2008 e, in quanto pronunciati «in identica fattispecie», ritiene di trascriverne integralmente la motivazione.



cittadino, ma il legislatore italiano ha ritenuto di prevedere la possibilità di estendere il regime della direttiva anche ai familiari di cittadini italiani<sup>57</sup>.

Dunque l'art. 23 d.leg. n. 30/07 e l'art. 28, 2° comma, d.leg. n. 286/98 sembrano doversi coordinare tra loro: entrambe le fonti potenzialmente possono applicarsi al ricongiungimento familiare del cittadino italiano e si tratterà solo di capire quale delle due prevede la disciplina più favorevole. Cruciale diviene, dunque, la nozione di «familiare» di cui all'art. 2, 1° comma, lett. b), d.leg. n. 30/07: la disposizione, che testualmente riproduce la direttiva, individua come familiari, tra gli altri, anche «i discendenti diretti di età inferiore a 21 anni o a carico e quelli del coniuge o partner [di unione registrata]» (n. 3)<sup>58</sup>.

Inizialmente i giudici di merito avevano ritenuto che anche ai cittadini italiani potesse applicarsi il t.u. imm. per come interpretato dalla Cassazione in riferimento alle richieste di ricongiungimento con il *makfoul* affidato a cittadini stranieri<sup>59</sup>; la Cassazione, tuttavia, ha mostrato di non condividere questa soluzione e di ritenere che invece, in tutti i casi, l'ingresso, il transito e la circolazione dei familiari extracomunitari di cittadini comunitari siano profili disciplinati dal d.leg. n. 30/07. In particolare, secondo la Corte, nella nozione di «familiare» delineata dall'art. 2 del decreto rientrano senz'altro i minori adottati o adottandi che entrino in Italia acquisendo lo *status* di minore in affidamento familiare, ma non anche quelli affidati *sub kafala*. Né potrebbe trovare applicazione, secondo la Cassazione, la clausola di rinvio alla norma più favorevole di cui all'art. 28, 2° comma, t.u. imm., poiché tale disposizione deve essere interpretata «nel rispetto dei suoi limiti, che sono quelli di delineare le condizioni [...] 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'UE individuanti il familiare beneficiario»<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> La scelta del legislatore nazionale, peraltro, mi pare possa dirsi in linea tanto con la giurisprudenza comunitaria che con quella costituzionale. Mi sembra che lo scopo dell'art. 23 d.leg. n. 30/07 sia infatti proprio quello di evitare che, a parità di condizioni, i cittadini italiani risultino destinatari di un trattamento giuridico peggiore di quello invece riservato ai cittadini di altri Stati dell'Unione; simile discriminazione, infatti, ben avrebbe potuto apparire per più versi irragionevole (cfr. A. LANG, *Considerazioni su kafala, ricongiungimento familiare e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. imm. e citt.*, 2011, 5). Peraltro, va ricordato che la direttiva stessa si faceva carico in via – per così dire – preventiva di evitare eventuali discriminazioni a danno dei cittadini dello Stato di residenza, assicurando agli Stati la possibilità di favorire l'applicazione di norme nazionali più favorevoli (Direttiva 2004/38/CE, art. 3, par. 5 e *Considerando* n. 29).

<sup>58</sup> Si considerano «familiari» ai fini dell'applicazione del d.leg. n. 30/07, oltre al coniuge (n. 1), anche il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante (n. 2) e gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner [in unione registrata] (n. 4).

<sup>59</sup> Trib. Spoleto 7 giugno 2008, inedita; App. Perugia 20 dicembre 2008, inedita.

<sup>60</sup> Cass. 1° marzo 2010, n. 4868, *Famiglia e dir.*, 2010, 780; in *Riv. dir. intern. priv e proc.*, 2010, 754; in *Giur. it.*, 2011, 1297; in *Dir. famiglia*, 2010, 1621; in *Giust. civ.*, 2011, I, 2180; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 835, con nota di J. LONG, *Kafalah: la Cassazione fa il passo del gambero*; in *Minori e giust.*, 2010, 325, con nota di ID., *L'ingresso in*



### 8. Il differente trattamento tra cittadini e stranieri. Alcune notazioni critiche

Esiste dunque una giurisprudenza di legittimità secondo la quale l'affidamento *sub kafala* può garantire, in quanto titolo idoneo al ricongiungimento *ex art. 29, 2° comma, d.leg. n. 286/98*, l'ingresso del *makfoul* nell'ipotesi in cui i richiedenti siano cittadini stranieri, ma lo stesso giudice nega la possibilità di ingresso quando i richiedenti siano cittadini italiani, in applicazione del d.leg. n. 30/07 ed in specie della nozione di *familiare* da esso accolta.

L'assetto così delineato suscita evidentemente più di una riflessione, e si può iniziare proprio con qualche notazione a proposito della nozione di *familiare* delineata, secondo la Cassazione, dalla normativa in tema di circolazione e soggiorno dei familiari di cittadini dell'Unione<sup>61</sup>. In particolare si tratterebbe di prendere atto della natura tassativa dell'elencazione dei *familiari* di cui all'art. 2 d.leg. n. 30/07, ma, al contempo, valorizzare le indicazioni contenute nelle comunicazioni che, negli anni, la Commissione europea ha dedicato alla direttiva 2004/38/CE, di cui il d.leg. n. 30/07 costituisce attuazione. In una prima occasione, infatti, la Commissione ha affermato che la nozione di discendente diretto di cui all'art. 2, 1° comma, lett. b), n. 3 d.leg. n. 30/07 è senz'altro comprensiva delle relazioni adottive e suscettibile di estensione «ai minori posti sotto la custodia di un tutore legale permanente», precisando anche che «i bambini in affidamento e i genitori affidatari con custodia temporanea possono godere dei diritti conferiti dalla direttiva in funzione della solidità del legame instaurato nel caso particolare»<sup>62</sup>; ancora, la Commissione ha più di recente di nuovo chiarito che «i minori in affidamento e i genitori affidatari possono beneficiare dei diritti previsti dalla Direttiva a seconda dell'intensità del legame caso per caso»<sup>63</sup>. Evidentemente la lettura suggerita dalla Commissione non è vincolante, e dunque i giudici sono liberi di accoglierla nella misura in cui la trovano persuasiva o, detto con altre parole, nella misura in cui non vi siano buone ragioni per disattenderla. Una di esse, a mio avviso da non sottovalutare, potrebbe essere di ordine testuale: il d.leg. n. 30/07 espressamente si riferisce ai «discendenti diretti» e dunque sembra mostrare una certa maggiore *resistenza* all'accoglimento di modelli relazionali di tipo paragenitoriale, che invece più facilmente possono essere ricompresi nella formulazione (a maglie più larghe) dell'art. 29, 2° comma, t.u. imm.

Merita però di essere segnalata un'ulteriore incongruenza nelle argomentazioni della Cassazione, ancora a proposito della problematica inclusione del *makfoul* tra i soggetti che possono

*Italia del minore straniero affidato con kafalah a un cittadino italiano.* Nello stesso senso v. anche Cass. 17 dicembre 2010, n. 25661, *Mass.*, 2010, 1096; 7 gennaio 2011, n. 20722, inedita.

<sup>61</sup> Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'affidamento al cittadino italiano del minore straniero mediante kafalah tornerà a pronunciarsi la Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2011, 847 ss.

<sup>62</sup> Guida agli aspetti di difficile trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente all'interno del territorio degli Stati membri.

<sup>63</sup> Comunicazione concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/37/CE.



ricongiungersi, rispettivamente, con il cittadino italiano o con lo straniero. Nelle pronunce rese a proposito dell'idoneità della kafala a costituire titolo per il ricongiungimento *ex art. 29, 2° comma, d.leg. n. 286/98* si legge infatti che «tra la Kafalah islamica e il modello dell'affidamento nazionale prevalgono, sulle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l'uno che l'altro, sullo stato civile del minore; ed essendo anzi la Kafalah, più dell'affidamento, vicina all'adozione, in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la Kafalah (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente fino alla maggiore età dell'affidato»<sup>64</sup>. Quando però nel 2010 la Cassazione affronta la questione dell'ingresso del minore affidato *sub kafala* ad un cittadino italiano, afferma che «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 infraventunenni 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 3° della L. n. 184 del 1983», ma non anche i minori affidati *sub kafala*. E tuttavia, se la kafala si colloca *tra* l'affidamento e l'adozione quando si tratta di autorizzare l'ingresso del *makfoul* affidato a stranieri, è quanto meno singolare che lo stesso istituto non possa paragonarsi né all'adozione né all'affidamento quando si chiede l'ingresso di un minore affidato a cittadini italiani.

Molto importante, poi, nelle argomentazioni della Corte di cassazione appare il riferimento all'inapplicabilità del t.u. imm. all'ipotesi in cui si chieda l'ingresso del *makfoul* affidato a cittadini italiani. L'art. 28, 2° comma, d.leg. n. 286/98 infatti, pur prevedendo l'astratta possibilità di applicare anche ai cittadini italiani le norme del t.u. imm., sarebbe secondo la Cassazione esclusivamente riferibile alle modalità di attuazione del ricongiungimento familiare, ma non anche ai suoi presupposti sostanziali: esso non impedirebbe, dunque, una situazione in cui lo stesso titolo possa ritenersi valido per il ricongiungimento tra stranieri extracomunitari e non anche per il ricongiungimento tra questi e gli italiani. Tuttavia, dal tenore letterale della disposizione simile inidoneità ad investire gli aspetti anche sostanziali del ricongiungimento non spicca in modo particolarmente netto; anzi, la clausola di salvezza appare riferita alle norme «più favorevoli» contenute nel t.u. imm. senza che emerga alcuna distinzione (in ipotesi) tra norme processuali e norme sostanziali, né alcun accenno ad ulteriori criteri discretivi.

*8.1. segue. La ratio antielusiva del divieto di ingresso del makfoul affidato a cittadini italiani ed i profili di irragionevolezza della differenziazione*

Probabilmente, però, non sono solo le questioni inerenti all'interpretazione preferibile del t.u. imm. e del d.leg. n. 30/07 ad assumere, per la Cassazione, rilevanza determinante ai fini dell'esclusione della kafala dai titoli per il ricongiungimento con cittadini italiani.

<sup>64</sup> Così Cass. n. 7472/08, cit.; Cass. n. 19734/08, cit.



Viene in considerazione, infatti, anche la preoccupazione che un'eccessiva *apertura* in tema di ricongiungimento possa indurre – o almeno facilitare – atteggiamenti elusivi della normativa sulle adozioni internazionali: insomma, entra in gioco il serio rischio che i cittadini intravedano nell'affidamento *sub kafala* una *facile scorciatoia* rispetto alle procedure previste dalla l. n. 184/83. Probabilmente è per questa ragione, allora, che la Cassazione ricorda come «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 [in tema di adozioni internazionali], la quale rappresenta l'unico ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di protezione dei minori stranieri abbandonati e le richieste d'inserimento familiare dei cittadini, e cioè una sintesi, che per la delicatezza delle posizioni coinvolte e per la coerenza della attuazione di norme sopranazionali, impedisce alcuna elusione o disapplicazione»<sup>65</sup>.

Le esigenze antielusivo sono, di per sé, ovviamente degne della massima considerazione. È evidente, cioè, che i giudici non possono permettersi di incoraggiare, o perfino solo di non ostacolare, la frode alla legge in generale – la frode di *qualsiasi legge* – e, in particolare, di una normativa a tutela di diritti fondamentali dei minori, per di più storicamente posta anche (o forse *proprio*) allo scopo di ostacolare il «*far west* adottivo»<sup>66</sup>.

Se, dunque, è del tutto comprensibile che la Cassazione si preoccupi anche di evitare di offrire una *easy way out* a coloro che siano intenzionati a sottrarsi ai controlli previsti dalla legge in tema

<sup>65</sup> Cass. n. 4868/10, cit.; insiste particolarmente sulla necessità di prendere in considerazione l'ipotesi che l'affidamento *sub kafala* realizzi un'adozione internazionale mascherata anche Trib. Torino 14 maggio 2010, *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2011, 803.

<sup>66</sup> L'esigenza di prendere in considerazione con la massima attenzione l'eventualità che, pur animate da nobili intenti solidaristici, le coppie si sentano agevolate nell'elusione delle norme imperative sulle adozioni internazionali è ancor più pressante se si pone mente al fatto che, in concreto, una volta che il minore abbia stabilito in via di fatto un rapporto affettivo con la coppia, è molto difficile *tornare indietro* alla situazione che si sarebbe verificata ove tale rapporto affettivo non avesse potuto svilupparsi sin dal principio. L'esempio di caso in questo senso *critico* più noto ai giuristi è probabilmente il c.d. «caso Serena», che vedeva come protagonisti una bambina straniera ed una coppia di adulti che in modo apertamente illegale la aveva portata in Italia e la tratteneva presso di sé, così facilitando la creazione di un rapporto paragenitoriale con la minore per poter poi invocare l'interesse di lei al mantenimento di tale rapporto come causa ostativa all'allontanamento per un nuovo inizio delle procedure di adozione internazionale da parte di *altri* adulti. In quel caso il giudice decise – a mio modo di vedere correttamente – per l'allontanamento, senz'altro consapevole non solo del fatto che ogni indulgenza verso la frode è pur sempre in incoraggiamento al frodatore, ma anche dell'inevitabile compressione dell'interesse della bambina, che aveva ormai stabilito una relazione *familiare* con la coppia e con il suo *nuovo fratello*. Al di là, però, della bontà delle argomentazioni di diritto positivo e, soprattutto, di matrice assiologica utilizzate nella definizione di quel caso, senz'altro credo si possa affermare che essa non è stata una decisione, per usare un eufemismo, delle più semplici, ma piuttosto una delle più laceranti, e che di conseguenza evitare, sinché sia possibile, che situazioni in cui l'elusione della legge sulle adozioni imponga ai pubblici poteri decisioni di simile drammaticità possa considerarsi a buon diritto un obiettivo meritevole di essere perseguito. Sulla vicenda concreta del «caso Serena» v., per un riassunto dei termini della questione, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 192 ss. e, a commento delle pronunce dei giudici minorili, D. ZIINO, *Il caso Serena Cruz: cronaca di un allontanamento annunciato*, in *Dir. famiglia*, 1990, 90 e L. LENTI, *Caso Serena: i bambini non si usucapiscono*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 515.



di adozioni internazionali, *calando* tale preoccupazione sul caso concreto emergono rispetto ad essa alcune incongruenze.

La prima sorge dalla considerazione della kafala quale (non principale, né preferito, ma piuttosto) *unico* strumento di protezione dell'infanzia abbandonata in molti Paesi di area islamica, precisamente in tutti quelli che hanno recepito il divieto coranico di adottare; in quei Paesi, dunque, la normativa sulle adozioni internazionali non si applica, banalmente perché vige una norma giuridica che vieta di adottare. Da un lato, dunque, la Cassazione comprensibilmente si preoccupa di impedire l'elusione della l. n. 184/83, ma dall'altro dimentica che si tratta di una legge la cui applicazione non riguarda mai minori provenienti da moltissimi Paesi del mondo islamico, come ben sanno le coppie che intraprendono il complesso *iter* previsto dalla legge per le adozioni internazionali<sup>67</sup>.

Deve essere poi ricordato che se, come apertamente afferma la Cassazione, è solo applicando la normativa in tema di adozioni che possono essere garantiti in modo soddisfacente tutti gli interessi ed i diritti che vengono in questione quando si tratti di inserire un minore in una famiglia, la stessa normativa andrebbe applicata anche quando ad aspirare a tale inserimento siano degli stranieri, anche perché ove essi soggiornino regolarmente sul territorio italiano hanno senz'altro accesso alle procedure di adozione internazionale, che non sono riservate ai cittadini.

#### 9. Alla ricerca di una buona ragione a sostegno del trattamento differenziato tra cittadini e stranieri

Se, come ricordato, sia i cittadini che gli stranieri regolarmente soggiornanti possono accedere alle procedure di adozione internazionale, è il caso di interrogarsi su quali possano essere le buone ragioni che giustificano il differente trattamento della kafala ai fini dell'ingresso nel territorio italiano del *makfoul* a seconda della cittadinanza degli adulti cui egli è stato *affidato*.

Perché, insomma, se si teme che attraverso l'affidamento *sub* kafala possano essere aggirate le norme sulle adozioni internazionali, si consente tale potenziale elusione agli stranieri? Si potrebbe ipotizzare che la ragione giustificatrice del trattamento di maggior favore riservato agli stranieri debba essere individuata nell'opportunità di tenere nella dovuta considerazione la vigenza, per i musulmani, di un divieto di adottare di origine religiosa: essi cioè potrebbero sì accedere alle procedure di cui alla l. n. 184/83, ma è ragionevole ritenere che non lo faranno, poiché la loro religione glielo proibisce; sarebbe dunque giustificato, in quest'ottica, concedere loro la possibilità di ottenere l'ingresso del minore affidato *sub* kafala.

Tale prospettiva, apparentemente ispirata a più che rispettabili istanze di matrice multiculturale, mi pare però viziata da alcune incongruenze di fondo. Se, infatti, si vuol tenere in considerazione il divieto coranico di adottare, differenziare sulla base del criterio *tutto mondano* della cittadinanza potrebbe non essere una soluzione particolarmente felice, poiché non consente di giustificare il trattamento accordato agli stranieri nell'ipotesi (tutt'altro che rara) in cui essi non siano di religione

<sup>67</sup> Sono pochissimi infatti i Paesi dell'area islamica in cui l'adozione è, invece, permessa; per essi cfr. nota n. 27.





musulmana, sia perché provenienti da aree geografiche ove quella fede è meno diffusa, sia perché, anche se provenienti dal mondo islamico, potrebbero non aver mai abbracciato quella confessione o averla successivamente rinnegata una volta giunti in Italia. Altrettanto ingiustificato risulterebbe, poi, negare l'ingresso al minore affidato *sub kafala* al cittadino italiano di fede musulmana (evenienza forse più rara, ma che di certo non è possibile, né giusto, escludere), poiché egli si trova nella medesima situazione in cui si trova lo straniero della sua stessa fede: ha la possibilità di accedere alle procedure di cui alla legge 184 e, al contempo, è soggetto ad un precetto religioso che gli vieta di adottare<sup>68</sup>. Se proprio si vuole tenere conto *effettivamente* della fede religiosa dei richiedenti l'ingresso del minore affidato *sub kafala*, dunque, meglio sarebbe differenziare sulla base appunto dell'appartenenza confessionale, e non sulla base della cittadinanza.

Tuttavia, anche questa ipotesi suscita qualche dubbio. Va considerato, infatti, che la disciplina in tema di inserimento familiare dei minori poggia sulla presunzione – a mio modo di vedere condivisibile – che tutte le procedure prescritte dalla legge siano volte a garantire non un ipotetico *diritto degli adulti ad avere un figlio*, ma piuttosto il diritto del minore ad avere una famiglia, che riposa su ben più solide fondamenta (anche assiologiche, se si vuole, ma soprattutto) di diritto positivo; se però questi sono i presupposti, occorrerebbe maggiore cautela nell'attribuire particolare rilevanza ai motivi che inducono gli adulti a non adottare. In altri termini, la possibilità di inserire un minore in stato di abbandono nella propria famiglia è offerta a coloro che mirano a realizzare un diritto di cui non sono titolari e che non devono necessariamente garantire; è essenzialmente nel principio di solidarietà che va ricercato il fondamento di tale possibilità, che opportunamente l'ordinamento offre tanto ai cittadini che agli stranieri. Se, dunque, un adulto avverte in coscienza un divieto di adottare di matrice religiosa, egli è senz'altro libero di rispettare il precetto che sente come vincolante, ovvero di sottrarsi ad esso con le conseguenze che ne discendono secondo le regole della propria confessione; del resto l'accesso alle procedure da compiere per inserire un minore in stato di abbandono nella propria famiglia è su base rigorosamente volontaria e l'ordinamento non avanza alcuna pretesa di poter giudicare la bontà delle ragioni – al limite anche le più egoistiche – che inducono la maggior parte delle coppie a non includere nel proprio nucleo familiare un bambino in stato di abbandono. Tutti i problemi che sorgono, dunque, quando una prescrizione religiosa investe una condotta giuridicamente obbligatoria, non dovrebbero sorgere

---

<sup>68</sup> Con riferimento a questa ipotesi, in dottrina si è affermato che la giurisprudenza della Cassazione avrebbe finito con l'«avallare una discriminazione fondata sulla religione e sull'origine etnica»; così J. LANG, *op. ult. cit.*; considerazioni nello stesso senso anche in Y. ROCCHINI, *La kafala marocchina alla prova dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. imm. e citt.*, 2011, 2, 80 ss.; in giurisprudenza la tesi dell'illegittimità della discriminazione risultate dall'applicazione del criterio della cittadinanza è sostenuta da Trib. Tivoli 22 giugno 2010, *Quad. dir. e politica ecclesiastica*, 2011, 805, che ordina il rilascio del visto di ingresso al minore «allo scopo di evitare un'ingiustificata disparità di trattamento fra cittadino italiano ed extracomunitario in violazione dell'art. 3 Cost. e dell'art. 2 Cost. in riferimento al diritto del minore al mantenimento, alla cura ed alla conservazione degli affetti all'interno della famiglia».



anche quando, come nel caso in esame, il divieto religioso investe una condotta che può non essere tenuta senza alcuna conseguenza in diritto.

Ciò che conta, insomma, è che si offra a chi lo desidera la possibilità di garantire il diritto del minore a crescere in una famiglia, e che si apprestino i mezzi opportuni a verificare l'idoneità di chi aspira ad adottare al compito che lo attende, ma non anche che l'ordinamento consenta necessariamente questo inserimento in forme diverse da quelle previste dalla legge per assecondare la pur rispettabile opinione di chi, per insindacabili ragioni inerenti alla propria religione, alla propria ideologia o comunque a qualsiasi forma di proprio convincimento, ritiene che quelle forme siano impraticabili, sconsigliabili o persino vietate.

#### 10. Una notazione conclusiva. Fidarsi o non fidarsi della kafala?

Sulla legittimità della disparità di trattamento tra cittadini e stranieri extracomunitari in riferimento all'ingresso del minore affidato *sub kafala* si pronunceranno presto le sezioni unite, con riguardo ad un caso in cui i richiedenti sono cittadini adulti italiani iscritti nelle liste AIRE ed ovviamente chiedono l'applicazione del t.u. imm. e non del d.leg. n. 30/07<sup>69</sup>.

Si è detto di come, tra tutte le argomentazioni portate dalla Cassazione a sostegno della tesi secondo la quale il *makfoul* affidato a cittadini non potrebbe entrare in Italia, la più convincente (ed al contempo quella che – si ipotizza – è stata veramente determinante) è quella che poggia sulle (buone) ragioni che sconsigliano di assecondare le coppie nell'elusione delle procedure dettate in materia di adozioni internazionali, volte alla tutela del miglior interesse del minore coinvolto ed alla garanzia di inderogabili principi di ordine pubblico.

Proprio dell'interesse del minore, allora, occorrerà tener conto in modo prioritario; si tratta quindi di guardare all'affidamento *sub kafala* dall'angolo visuale proprio del bambino i cui diritti si vorrebbero tutelare, e non più, o almeno non solo, da quello degli adulti che aspirano a tutelarli.

Quanto alla situazione nella quale versa il minore abbandonato, mi sembrerebbe ragionevole ritenere che la gravità dello stato in cui egli si trova e l'ampiezza del suo diritto ad una famiglia siano identici quando a voler assicurare tale diritto siano cittadini italiani o cittadini extracomunitari; da questo punto di vista, l'affidamento *sub kafala* tende *sempre*, in astratto, al miglioramento delle condizioni di vita del minore. E tuttavia, ovviamente il solo fatto che un minore si trovi in condizioni di abbandono non giustifica il suo inserimento in qualsiasi nucleo familiare esprima il desiderio di prendersene cura, poiché occorre anche verificare che, in concreto, le procedure che consentono al minore di iniziare la sua *nuova vita* in famiglia siano caratterizzate dalla necessaria trasparenza e che la coppia di aspiranti genitori o affidatari offra idonee garanzie di poter adempiere al difficile compito che intende affrontare; per questo l'ordinamento prescrive, come noto, un lungo e faticoso *iter* di controlli.

<sup>69</sup> V. Cass. 24 gennaio 2012, n. 996, *Dir. famiglia*, 2012, 4, 1481, che rimette al primo presidente per l'assegnazione della causa alle sezioni unite. Segnala la particolare importanza di questa rimessione anche la relazione presidenziale sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2012, testo disponibile in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 92-93.



Con riferimento dunque al problema in esame, mi pare imprescindibile muovere dall'interrogativo circa la funzionalità del procedimento che culmina con l'affidamento *sub kafala* ad assicurare in modo sufficiente quelle stesse qualità di trasparenza ed affidabilità che la legge mira a garantire nelle adozioni internazionali. Se la risposta dovesse essere negativa credo che occorrerebbe, a tutela del superiore interesse del minore, impedire l'ingresso in Italia del *makfoul* in ogni caso, sia ove gli affidatari siano italiani sia ove essi abbiano invece cittadinanza di uno Stato extracomunitario, di modo da scoraggiare gli uni e gli altri a ricorrere a strumenti diversi da quelli previsti dalla normativa sulle adozioni. Se, invece, si dovesse ritenere che la *kafala* costituisca, quanto alla cura dei diritti del *makfoul*, uno strumento idoneo ad assicurare comunque il necessario controllo sulla veridicità della situazione di abbandono, sull'idoneità degli affidatari, sulla totale assenza di fenomeni anche solo latamente inquadrabili nei termini della compravendita di persone, allora non si vede perché scoraggiare i cittadini italiani ad assicurare il diritto alla famiglia di un minore che si trova in stato di abbandono (in un Paese che vieta sì l'adozione, ma che comunque consente con altro mezzo l'inserimento in famiglia del bambino).

Sciolto l'interrogativo circa l'attendibilità della *kafala*, a mio modo di vedere il diritto vigente consente sia di assicurare l'ingresso ai minori affidati ove si dovesse ritenere che della *kafala* *ci si può fidare*, sia di negarlo per scoraggiare il ricorso al relativo procedimento ove si dovesse invece concludere che della *kafala* *c'è poco da fidarsi*. Da un lato, infatti, il d.leg. n. 286/98 come detto prevede che «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» (art. 28, 3° comma) ed è sulla base di questa disposizione che sarebbe senz'altro legittimo decidere per il respingimento della richiesta di ingresso al fine di ostacolare il diffondersi di pratiche *paraadottive* contrarie, in ipotesi, al *best interest* del minore. D'altra parte, se i timori relativi alla elusione a danno del bambino della disciplina sulle adozioni internazionali dovessero invece rivelarsi infondati, le altre argomentazioni poste dalla Cassazione a sostegno della tesi ostativa all'ingresso del *makfoul* affidato a cittadini italiani ben potrebbero apparire assai meno inattaccabili di quanto oggi non sembri, visto che il tenore letterale dell'art. 28, 2° comma, t.u. imm. non ostacola affatto (ma anzi suggerisce) l'interpretazione secondo la quale il t.u. stesso sarebbe applicabile anche agli italiani *ove più favorevole*.

Molto (forse *tutto*) viene dunque a dipendere dall'opinione che si accoglie e dalla *fiducia* che si sceglie di riporre nei protagonisti, anche istituzionali, del procedimento di affidamento *sub kafala*. Se così è, tuttavia, il discorso non può essere utilmente condotto con riferimento alla *kafala* in generale, né alla *kafala* in astratto; preferibile sarebbe, invece, prendere nella dovuta considerazione le specificità dei singoli casi che, di volta in volta, vengono in questione per parametrarle alle esigenze di ordine pubblico ed a quelle di tutela dei diritti il cui corretto bilanciamento deve essere ricercato. Così, ad esempio, molto utile potrebbe rivelarsi insistere sulla distinzione – che la Cassazione ha già dimostrato, sia pure incidentalmente, di apprezzare – tra la *kafala* di matrice puramente negoziale e quella che, invece, si perfeziona con provvedimento giudiziale, poiché nel



secondo caso mi pare più ragionevole presumere (sino a prova contraria, ovviamente) che una qualche forma di controllo sia prevista ed attuata<sup>70</sup>. Così avviene, ad esempio, in Marocco (il Paese dal quale provengono la maggior parte dei minori affidati *sub kafala*, tanto ad adulti stranieri che a cittadini, le cui vicende vengono all'attenzione degli operatori giuridici italiani), dove la legge disciplina nel dettaglio le condizioni in presenza delle quali il minore si considera abbandonato, i casi in cui il suo consenso può o deve essere espresso, il procedimento (sempre giudiziale) che culmina con la pronuncia di *kafala*, i requisiti che devono ricorrere in capo agli affidatari, i diritti del *makfoul*, i doveri degli adulti, i profili relativi alla responsabilità civile per gli atti del minore e, dettagliatamente, gli aspetti giuridico-patrimoniali del rapporto *paragenitoriale* che si instaura<sup>71</sup>.

Più problematica invece mi parrebbe l'ipotesi di percorrere la strada dell'attribuzione di particolare rilevanza all'esistenza di un rapporto umano pregresso tra il minore e gli «affidatari»; se, infatti, si dovesse ritenere che il procedimento che si conclude con la *kafala* è inidoneo a garantire in modo sufficiente gli interessi del minore e la trasparenza e affidabilità degli adulti cui egli è affidato, potrebbe non essere affatto consigliabile indurre le coppie a creare un rapporto affettivo con il bambino proprio allo scopo di poter poi far valere l'interesse del minore a proseguire tale rapporto al momento di garantirgli l'ingresso in Italia.

---

<sup>70</sup> Tra le pronunce che contengono un riferimento espresso alla distinzione in esame v. Cass. n. 19734/08, cit., che autorizza il ricongiungimento familiare del minore affidato *sub kafala* a stranieri affermando che tra la *kafala* e l'affidamento disciplinato dal diritto italiano prevalgono i punti in comune sulle differenze, ma «fuori dai casi (*per cui restano margini di dubbio* [...]), in cui la *kafalah* abbia base esclusivamente negoziale, *in assenza di controllo alcuno dell'autorità sull'idoneità dell'affidatario e l'effettività delle esigenze dell'affidamento*» (corsivi miei).

<sup>71</sup> In Marocco la *kafala* è stata disciplinata per la prima volta con l. n. 1-165/1993 e, successivamente, con l. n.15/2001, che costituisce oggi l'unica fonte che detta norme sull'istituto, dopo l'abrogazione della disciplina del'93 avvenuta con Dahir n. 1-172 del 2002; per una panoramica sui principali aspetti della normativa marocchina v. A. CILARDO, *op. ult. cit.*, spec. pp. 248 ss.

