



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione per le sezioni Unite su questione di massima di particolare importanza n. Reg. Gen. 9608/2011 - (Rif. foglietto n. 101)

Rel. n. 100

Roma, 10 maggio 2012

Oggetto: COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA – STRANIERO (CONDIZIONE) - Minore straniero affidato in *kafalah* a cittadino italiano – Domanda di ricongiungimento familiare del cittadino italiano – Disciplina applicabile.

ORDINE E SICUREZZA PUBBLICA – STRANIERI – Minore straniero affidato in *kafalah* a cittadino italiano – Domanda di ricongiungimento familiare del cittadino italiano – Disciplina applicabile.

ADOZIONE – ADOZIONE INTERNAZIONALE - Minore straniero affidato in *kafalah* a cittadino italiano – Domanda di ricongiungimento familiare del cittadino italiano – Disciplina applicabile.

Esistenza e limiti del diritto al ricongiungimento familiare del cittadino italiano nei confronti di minore straniero ad esso affidato in *kafalah*.

S O M M A R I O

1. *Kafalah*: nozione

1.1 Il riconoscimento della *kafalah* nelle Convenzioni internazionali e la compatibilità dell'istituto con l'ordine pubblico internazionale.

2. Il quadro normativo interno.

2.1 Ricongiungimento familiare per mezzo di *kafalah* con cittadino di paese terzo (T.U. 286 del 1998 così come modificato dal d.lgs. n. 5 del 2007).

2.2 Ricongiungimento familiare per mezzo di *kafalah* da parte di cittadino italiano o di paese membro dell'Unione Europea (d.lgs. n. 30 del 2007).

2.3 Il riconoscimento interno del provvedimento di *kafalah* secondo il diritto internazionale privato e la l. n. 184 del 1983 sull'adozione.

2.3.1 La sentenza n. 19450 del 2011.

3. *Kafalah* e ricongiungimento familiare nella giurisprudenza di legittimità.

3.1 Richiedente cittadino di paese terzo.

3.2 Richiedente cittadino italiano: la diversità di soluzioni al vaglio della dottrina – Profili di discriminazione ingiustificata nella soluzione negativa.

4. Considerazioni conclusive - Rinvio.

1. *Kafalah*: nozione

La *kafalah* è un istituto di diritto islamico volto a garantire protezione ed assistenza ai minori che versino in condizioni di abbandono o privazione di mezzi.

A differenza che nei sistemi giuridici eurocentrici, la maggior parte degli ordinamenti che fanno riferimento alla tradizione islamica non contempla (ed anzi vieta) l'adozione dei minori¹ perché ritengono che il rapporto di filiazione debba essere rigidamente ancorato alla generazione biologica, in quanto la famiglia è di origine divina e la filiazione è espressione della volontà di Dio. La persona umana non dispone della facoltà di costituire artificialmente questo rapporto.

Inoltre, il vincolo filiale può sorgere e svilupparsi esclusivamente nell'ambito di un rapporto lecito tra i genitori. Il diritto islamico non conosce, di conseguenza, neanche il concetto di filiazione illegittima e ciò determina l'assenza di istituti diretti a regolare tale fenomeno.

Il governo dei rapporti di filiazione non naturale costituisce di conseguenza un terreno di confronto quanto mai fertile con gli istituti estranei alla nostra tradizione giuridica di diritto familiare occidentale. L'intensità dei rapporti giuridici con i cittadini di paesi mediorientali come il Marocco, nei quali è diffusa l'utilizzazione della *kafalah*, ha dato luogo ad una vasta riflessione sulla compatibilità dello strumento giuridico in questione con il nostro sistema interno di protezione dei minori nonché con il diritto al ricongiungimento familiare con il minore straniero, garantito, in linea generale, alle condizioni previste dalla legge, sia al cittadino di un paese terzo che al cittadino italiano o di un paese membro dell'Unione europea.

Il riconoscimento giuridico dell'istituto della *kafalah* nel diritto islamico positivo trova ispirazione nel principio coranico in base al quale ogni buon mussulmano è tenuto ad aiutare i bisognosi ed in particolare gli orfani. Per mezzo della *kafalah* due coniugi (ma l'applicazione dell'istituto può essere anche monogenitoriale), sulla base di una dichiarazione solenne da rendersi davanti ad un giudice (od un notaio), si impegnano a provvedere alle esigenze di vita di un *makeful* (minore abbandonato). In base alla *kafalah* il minore non entrerà a far parte giuridicamente della famiglia che lo accoglie e non acquisirà il nome del *kafil*, né acquisirà diritti ereditari (salvo il caso in

¹ Con l'eccezione di Tunisia, Somalia ed Indonesia che ammettono l'adozione, vedi nota n. 6 in Venchiarutti, 2010.

cui non sia il *kafil*, mediante una dichiarazione testamentaria, ad inserire il *mafku* nel proprio testamento, equiparandolo ad uno dei suoi eredi).

In linea generale, le norme di diritto islamico prevedono da un lato la previa dichiarazione d'abbandono del minore e dall'altro l'accertamento dell'idoneità dell'aspirante *kafil*, al quale è tendenzialmente richiesta la maggiore età, l'appartenenza alla religione islamica e la capacità di far fronte alle responsabilità che derivano dall'impegno di protezione assunto. La *kafalah* è revocabile e termina in ogni caso con il raggiungimento della maggiore età (Venchiarutti, 2010, 1629, **all. 1 dottrina**).

E' molto diffusa nei paesi islamici anche la *kafalah* consensuale, che si realizza mediante un accordo tra famiglia d'origine e quella d'accoglienza siglato davanti ad un giudice od un notaio. Secondo la legge marocchina (art. 2 legge del Regno del Marocco n. 15.01 relativa alla "*kafalah* di minori abbandonati" promulgata con *dahir* n. 1-02-172 del 136/2002, in Long, 2010, 836) il *kafil* deve "prendersi carico della protezione, dell'educazione e del mantenimento di un minore abbandonato nello stesso modo in cui lo farebbe un genitore con il proprio figlio". Con questa nuova legge il Marocco ha avvicinato la *kafalah* agli strumenti di tutela di matrice occidentale.

Il *kafil* viene designato con provvedimento giudiziale tutore del minore e la *kafalah* viene annotata nell'atto di nascita del minore. Nella *kafalah* consensuale, l'omologazione giudiziale è facoltativa e può essere richiesta successivamente al sorgere del vincolo. La legge del Marocco limita l'accesso alle coppie sposate da tre anni, di religione musulmana, socialmente e moralmente idonee. Per le coppie straniere viene richiesta la prova della confessione islamica. Una commissione amministrativa procede ad una duplice inchiesta sugli aspiranti affidatari. Se l'inchiesta è favorevole, il governatore della Prefettura (*wali*) acconsente alla *kafalah* sulla quale vigila il giudice per i minori. Il fatto che dalla *kafalah* non derivi alcun rapporto di filiazione spiega perché la pubblica autorità competente per la tutela dei minori mantenga un diritto dovere di vigilanza sull'andamento dell'inserimento del minore nel nucleo familiare. La stessa *ratio* giustifica la previsione per cui l'autorizzazione all'espatrio spetti al console del Marocco competente per l'area dove il minore e la famiglia affidataria risiedono.

Dalla generalissima descrizione dell'istituto emergono le seguenti caratteristiche distintive:

- l'incompatibilità con gli istituti come l'adozione che determinano la costituzione di un rapporto di filiazione sostitutivo ed alternativo a quello biologico od a quello fondato sullo stato coniugale;

- l'assunzione da parte del *kafil* di un complesso di poteri doveri coincidenti con quelli del tutore ma non del titolare della potestà genitoriale in quanto non caratterizzati dalla legale rappresentanza del minore;

- l'assunzione di obblighi educativi, di cura e di mantenimento corrispondenti a quelli che l'art. 5 della l. n. 184 del 1983 (così come modificata dalla l. n. 149 del 2001) pone a carico dell'affidatario nell'affido di cui al precedente art. 2;

- la natura temporanea, ancorché stabile e continuativa del vincolo di *kafalah*.

Sempre alla luce della definizione dell'istituto possono essere tracciate in via di prima approssimazione le differenze più rilevanti con i nostri istituti di protezione minorile e gli elementi di assimilazione tra i due istituti:

- adozione legittimante: in comune con la *kafalah* può (ma non è una condizione indefettibile) avere la condizione di abbandono del minore, ma deve escludersi ogni altra contiguità relativa al regime giuridico ed agli effetti conseguenti ai due istituti.

Con il provvedimento di adozione sorge un nuovo rapporto di filiazione che si sostituisce definitivamente a quello biologico e cessa ogni vincolo di parentela con la famiglia di origine. Nella *kafalah* si conserva il vincolo di filiazione con i genitori biologici e la parentela con la famiglia d'origine. Il *mafku* può aggiungere il nome dell'affidatario ma non si tratta di una misura necessaria.

- Affidamento preadottivo. Si tratta di una condizione endoprocedimentale non di per sé idonea all'acquisto della titolarità di una posizione giuridica stabile o definitiva.

In quanto finalizzata all'adozione legittimante e di natura intrinsecamente variabile non può porsi in comparazione con la *kafalah*.

- Adozione non legittimante (art. 44 l. n. 184 del 1983). La correlazione può porsi solo con le lettere a) e d) della norma. La lettera a) riguarda l'ipotesi dell'adozione richiesta da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile o duraturo, quando il minore sia orfano di padre e di madre. La lettera d) riguarda l'ipotesi in cui sia stata constatata l'impossibilità dell'affidamento preadottivo, perché difetti lo stato di abbandono. (Sul rapporto tra istituti adottivi e *kafalah*, Pizzolante, 2007, sp. 952-953 **all. 3**; Orlandi, 2005, 635, **all. 4**).

In questa tipologia di adozione gradata, l'adottato non perde i vincoli di parentela con la famiglia di origine e può conservare il proprio nome e cognome, pur acquistando i diritti ereditari. Nell'ipotesi di cui alla lettera d) è necessario il consenso dei genitori dell'adottando. E' necessario anche il consenso di quest'ultimo ove abbia compiuto quattordici anni. Possono evidenziarsi elementi di contiguità con la *kafalah*, riguardanti la relazione con la famiglia d'origine che non è esclusa da nessuno dei due istituti, l'attribuzione della facoltà di adottare anche ai parenti, la prefigurazione di un complesso di poteri ed obblighi in capo all'adottante sostanzialmente coincidenti con la tutela, dal momento che l'amministrazione dei beni deve avvenire sotto la vigilanza periodica del giudice tutelare. Le differenze più incisive riguardano la titolarità di diritti ereditari e la non temporaneità dell'istituto.

- Affidamento eterofamiliare (artt. 2 - 5 l. n. 184 del 1983). L'istituto si prefigge di proteggere il minore che si trovi in una condizione di privazione temporanea dell'ambiente familiare. Non determina alcun vincolo di filiazione né diritti ereditari. Impone l'obbligo di mantenimento, di cura e di educazione ed istruzione tenendo conto delle indicazioni dei genitori. L'affidatario esercita i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie. Non determina acquisto del nome. Ha in comune con la *kafalah* la *ratio* solidaristica e la non definitività oltre che il contenuto degli obblighi verso il minore. Con riferimento alla *kafalah* consensuale e in tutte le ipotesi in cui i minori non siano orfani, ha in comune l'assenso dei genitori biologici e la possibile non

esclusione di tali figure parentali ed affettive dalla vita del minore. Non si ravvisa, pertanto, un profilo di assoluta incompatibilità tra i due istituti. La differenza riguardante la stabilità temporale della *kafalah*, la quale conserva la sua efficacia fino alla maggiore età del minore, rispetto alla temporaneità dell'affido, caratterizzato dall'obiettivo di reintegro del minore nella propria famiglia d'origine, una volta cessata la causa di temporanea privazione di un ambiente familiare idoneo, incontra il temperamento della prorogabilità, con provvedimento del Tribunale dei minori dell'istituto interno (art. 4, quarto comma, l. n. 184 del 1983).

1.1 Il riconoscimento della *kafalah* nelle Convenzioni internazionali e la compatibilità dell'istituto con l'ordine pubblico internazionale.

La *kafalah* è un istituto di protezione del minore espressamente riconosciuto dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989. Nell'art. 20, dopo aver stabilito al par. 1 che il fanciullo privo di famiglia o in condizione tale da dover essere allontanato dalla famiglia ha diritto a protezione, al par. 3, si prevede che *tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi tra l'altro per mezzo di sistemazione in famiglia, della kafalah di diritto islamico, dell'adozione (...)* Nel ricercare soluzioni, si terrà debitamente conto della opportunità di una continuità nell'educazione del fanciullo, nonché delle sue origine etniche, religiose, culturali e linguistiche. L'indicazione della Convenzione, come non ha mancato di sottolineare la dottrina (Clerici, 2009, 207, **all. 5**), è di indubbio rilievo, perché indica il criterio di selezione delle misure di protezione dei minori alla luce delle esigenze e degli obiettivi indicati.

Nella Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione di minore, la *kafalah* viene assimilata alle misure di protezione dei minori (art. 3 lettera e)². La decisione di far rientrare la *kafalah* nell'ambito della Convenzione si deve proprio al Marocco che, non a caso, ha firmato il testo della Convenzione il giorno stesso della sua adozione (Campiglio, 2007, 44, **all. 6**). In verità la delegazione marocchina già davanti alla Commissione speciale relativa all'attuazione della Convenzione del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale aveva richiesto di elaborare un Protocollo addizionale a tale Convenzione allo scopo di estenderne l'applicazione a *“la prise en charge d'un enfant sus form d'adoption n'entraînant pas la rupture du lien préexistant de filiation entre l'enfant et ses parents d'origine”* ma tale richiesta era rimasta inevasa per poi essere accolta nella successiva Convenzione, destinata a regolare le garanzie procedurali relative a tali misure di protezione dei minori.

L'Italia ancorché firmataria della Convenzione, non ha ancora provveduto a ratificarla. La solida inclusione della *kafalah* nel sistema costituzionale internazionale, di tutela dei diritti fondamentali di natura sostanziale e processuale dei minori, costituisce secondo autorevoli opinioni dottrinarie (Clerici, Campiglio, Pizzolante,

² La Convenzione include espressamente nel proprio ambito di applicazione *“il collocamento del minore in una famiglia affidataria o in un istituto, ovvero il suo affidamento in kafalah o con un istituto analogo”*. Nel testo originale della Convenzione *“recueil legal par kafalah ou par une institution analogue”*.

Long, *cit.* e Morozzo della Rocca, 2012,3, **all. 7**) un indice di compatibilità all'ordine pubblico internazionale dell'istituto. “*La vigenza attuale o futura di questi due atti internazionali 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, ma, altresì l'obbligo di non manipolarne natura ed effetti*”. (Clerici, 2009, 208). Il riconoscimento o l'assimilabilità della *kafalah* agli istituti interni rivolti alla protezione del minore deve avvenire attraverso il richiamo ad interessi di carattere generale “*primo fra tutti la condizione del minore e la necessità di dar protezione all'infanzia abbandonata*” (Venchiarutti, 2010, 1631, *cit.*), così come indicato dai testi normativi condivisi a livello internazionale ma deve essere evitata l'elusione della disciplina normativa sull'immigrazione od i vincoli inderogabili in tema di adozione.

Della prima delle due esigenze si è fatta carico la Convenzione dell'Aja sulla responsabilità genitoriale e la protezione dei minori, laddove, nel riconoscere la *kafalah* tra gli istituti di protezione dei minori, ha stabilito all'art. 33 che qualora venga assunta in uno Stato contraente una misura di riconoscimento legale della *kafalah* in un altro Stato contraente è necessario il preventivo accordo delle Autorità centrali (e non solo la consultazione) proprio al fine d'introdurre una forma di controllo sull'immigrazione dei minori islamici in Europa. Con le indicate cautele, valutabili agevolmente dal giudice domestico, la natura e la finalità dell'istituto dovrebbero dar luogo ad un atteggiamento inclusivo e non respingente della *kafalah* nei singoli ordinamenti interni, tenuto conto dell'appartenenza ai diritti umani (di rilievo costituzionale internazionale) del diritto del minore a non crescere in una condizione di privazione. Tale diritto, attualmente, nel sistema costituzionale dell'Unione Europea, il cui grado di vincolatività quanto meno interpretativa, si è notevolmente incrementato con la ratifica del Trattato di Lisbona, trova espresso riconoscimento nell'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel quale viene stabilito al primo comma che “*i bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere*” e nel secondo che “*In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente*”. Il parametro della Convenzione ONU di New York diventa dunque ancora più stringente per le autorità giurisdizionali interne.

2. Il quadro normativo interno.

Alla luce della giurisprudenza di merito e di legittimità (cui verranno dedicate apposite sessioni della presente relazione) che si è occupata della compatibilità della *kafalah* nel nostro sistema normativo interno, possono essere individuati due ambiti, contigui ma non totalmente sovrapponibili:

a) l'allegazione del vincolo di *kafalah* con il minore straniero al fine di ottenere il diritto al ricongiungimento familiare da parte di cittadino di un paese terzo o del cittadino italiano o di uno Stato membro dell'Unione Europea;

b) la richiesta di riconoscimento del vincolo di *kafalah* derivante da un titolo giudiziale estero azionata da cittadini italiani o stranieri al fine di far valere direttamente tale vincolo all'interno del nostro ordinamento.

Il primo dei due ambiti riguarda direttamente l'oggetto della presente indagine ed è stato frutto di attenta riflessione e di una variegazione di soluzioni da parte della giurisprudenza più recente. Il primo invece ha occupato prevalentemente le prime pronunce del Tribunale per i minorenni e della Corte di Cassazione sul tema, salvo essere ripreso dalla recentissima pronuncia di legittimità (19450/2011 **All. 9**).

Occorre una premessa. L'esame del quesito normativo interno non può non essere preceduto dai riferimenti costituzionali al diritto all'unità familiare. Oltre all'art. 30 della Costituzione, integrano tale prospettiva costituzionale l'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e l'art. 7 della Carta dei diritti dell'Unione europea, oltre che la giurisprudenza delle Corti europee sull'attuazione di tale diritto³.

2.1 Ricongiungimento familiare per mezzo di *kafalah* con cittadino di paese terzo (T.U. 286 del 1998 così come modificato dal d.lgs. n. 5 del 2007).

Per quanto riguarda il diritto al ricongiungimento familiare, il quadro normativo di riferimento, da collocarsi all'interno delle garanzie costituzionali internazionali ed europee sopra indicate, per quanto riguarda la richiesta azionata dal cittadino di un paese terzo è piuttosto lineare perché si desume dalla sessione del d.lgs. n. 286 del 1998, dedicato al diritto all'unità familiare (artt. 28-33).

In particolare, devono essere considerati l'art. 28 ultimo comma: *“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, comma 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176”* e l'art. 29 secondo comma *“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”*. La norma costituisce un riferimento cruciale per la presente indagine perché contiene la completa indicazione delle relazioni qualificanti ai fini del conseguimento del diritto al ricongiungimento familiare, prevedendo tra di esse sia i minori sottoposti a tutela sia i minori affidati.

Queste ultime due categorie vengono tenute distinte dalla adozione, con piena consapevolezza della diversità degli istituti derivante dal grado via via meno intenso di allontanamento dalla famiglia di origine. Dalla rescissione definitiva di tale legame cui consegue la completa sostituzione della famiglia adottiva a quella biologica si passa con l'affidamento alla conservazione, in diverse forme e con diversa intensità, del rapporto di parentela, del nome e del riferimento affettivo e culturale con il nucleo originario. Il legislatore ai fini di dare concretezza al diritto del minore all'unità familiare ha adottato una formula inclusiva delle relazioni significative, stabili e fondate su una durevole, ancorché non necessariamente definitiva, assunzione della responsabilità materiale ed educativa del minore da parte dell'affidatario. Questa

³ Per un'ampia disamina della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di diritto alla coesione familiare, Adinolfi, Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in Riv. Dir. Intern., 2011, 01, 5 **all. 8**.

opzione ha un'ispirazione non assimilazionista in quanto consente d'integrare nel nostro sistema, ai fini della tutela del diritto all'unità familiare dei cittadini di paesi terzi, modelli relazionali riguardanti i minori anche non del tutto omologhi ai nostri interni. Questi ultimi costituiscono comunque dei modelli di compatibilità degli istituti stranieri relativi alla protezione dei minori ma, come evidenziato dalla dottrina (Morozzo della Rocca, 2011, 847 es. **all. 9**), si tratta di modelli di carattere generale e non di dettaglio, non essendo altrimenti mai configurabile l'adozione di istituti esteri nel nostro ordinamento. Devono essere selezionate le caratteristiche tipiche di ciascun modello, costituite nell'adozione, dallo scioglimento di ogni vincolo rispetto alla famiglia d'origine e l'ingresso definitivo anche ai fini ereditari nella famiglia adottiva; nell'affidamento, dalla temporaneità e dalla conservazione del legame con il nucleo originario realizzato attraverso la possibilità di modulare la titolarità e l'esercizio della potestà e gli obblighi di mantenimento ed educativi, nelle adozioni non legittimanti, dal l'esigenza di dare attuazione ad una relazione stabile e definitiva che non può dar luogo normativamente ad un'adozione legittimante. Per quanto riguarda le diversità di regime occorrerà valutarne la coincidenza con l'interesse del minore ricongiungibile e, con il rigore necessario, l'eventuale carattere elusivo delle norme imperative sull'adozione e sull'immigrazione. Il processo valutativo non dovrà essere autocentrico od eurocentrico (Clerici e Venchiarutti, *cit.*) ma, al contrario, secondo la dottrina, piuttosto teso all'inclusione piuttosto che all'esclusione, salvo un efficace controllo sull'intento di manipolare natura ed effetti degli istituti.

2.2 Ricongiungimento familiare per mezzo di *kafalah* da parte di cittadino italiano o di paese membro dell'Unione Europea (d.lgs. n. 30 del 2007).

Il quadro normativo interno si complica e si amplia nel senso che occorre, in primo luogo, verificare l'applicabilità del d.lgs. n. 30 del 2007, di attuazione della Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari alla circolazione nel territorio degli Stati membri. Nonostante la Direttiva non disciplini il ricongiungimento dei familiari della persona che ha la cittadinanza dello Stato in cui risiede, perché l'elemento della circolazione è essenziale per l'applicazione della Direttiva stessa, alcuni Stati membri, tra i quali l'Italia, hanno colmato tale lacuna stabilendo, nella legislazione nazionale di recepimento, l'estensione del regime giuridico della direttiva ai familiari del cittadino ivi residente, i quali, di conseguenza, vengono a godere del regime giuridico della normazione di derivazione europea. Nel nostro ordinamento, in particolare, l'art. 23 del d.lgs. n. 30 del 2007 stabilisce che “*le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana*”. La scelta effettuata non incontra ostacoli nella giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui nonostante il diritto comunitario regoli solo le fattispecie che rientrano nel suo campo di applicazione, ciò non osta a che il giudice nazionale controlli la compatibilità con la propria Costituzione di una norma interna che sfavorisca i propri cittadini rispetto ai cittadini di altri Stati membri, qualora i detti cittadini si trovino in una situazione priva di qualsiasi connessione con quelle contemplate dal diritto comunitario.

Questa operazione nella specie è stata svolta dal legislatore nazionale che attraverso il suo intervento ha escluso il rischio di un contrasto con la Costituzione (Lang, 2011, 57, **all. 10**) ma il principio enunciato dai giudici di Lussemburgo⁴ è di estremo rilievo nella presente indagine in quanto uno dei profili da affrontare nelle sessioni che seguono è proprio la compatibilità costituzionale di una disciplina normativa (o di una delle sue interpretazioni) che produca un'evidente disparità di trattamento tra cittadini di stati terzi e cittadini italiani nell'esercizio di un diritto identico, non fungibile per questi ultimi attraverso l'adozione del minore che ha presupposti, finalità ed effetti radicalmente diversi.

Occorre, pertanto, individuare quali siano le "altre disposizioni" che secondo la stessa dizione dell'art. 23 possano concorrere a regolare il diritto al ricongiungimento familiare, dal momento che è la stessa norma da ultima citata a evidenziare la non autosufficienza del sistema disegnato dalla Direttiva europea e dal d.lgs. n. 30 del 2007. L'ulteriore parametro normativo proviene dal d.lgs. n. 286 del 1998 ed, in particolare, dal complesso sistematico di norme già individuato come regolatore del diritto all'unità familiare. Ne è una prova incontrovertibile l'art. 28 secondo comma che afferma: "*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 del presente testo unico o del regolamento di attuazione*". Dalla norma emergono due indicazioni: il d.lgs. n. 30 del 2007 non è l'unica fonte regolativa del diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini italiani residenti in Italia, in quanto rinvia, nel citato art. 23, all'operatività di una clausola di salvezza costituita dalla applicabilità se più favorevole, del d.lgs. n. 286 del 1998. Tale ultima disciplina viene ad avere, alla luce del coordinamento tra l'art. 23 e l'art. 28 secondo comma del T.U. n. 286 del 1998 (anch'esso contenente, per la stessa tipologia di destinatari, una clausola di rinvio "interna" perché rivolta all'applicabilità del T.U. ove più favorevole) la duplice funzione da un lato, d'integrazione, della disciplina speciale, ove quest'ultima sia meno favorevole e dall'altro di garanzia del contenuto minimo, del diritto al ricongiungimento familiare esercitato dal cittadino italiano o dell'Unione europea residente in Italia.

Il quadro di riferimento generale costituito dal diritto all'unità familiare, così come disciplinato nel T.U. sull'immigrazione non può, pertanto, essere ignorato in sede di esame di istituti come la *kafalah* destinati alla protezione dei minori abbandonati o privi di un ambiente idoneo in cui crescere, tenuto conto che la garanzia costituzionale della preminenza dell'interesse del minore impone una ricerca della normativa più favorevole certamente ispirata da questa *ratio* ed esige una valutazione delle compatibilità tra istituti diversi costituzionalmente orientata, secondo la tecnica ermeneutica adottata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 7472 del 2008 (rv. 602591 **all. 5**) riferita però al diritto al ricongiungimento familiare di cittadini di paesi terzi.

L'art. 28, secondo comma, d.lgs. n. 286 del 1998 rinvia, però, per i cittadini italiani o di un paese UE ma residenti in Italia, come fonte diretta di regolamentazione del

⁴ Sentenza 16/6/94, causa C – 132/93, Steen in Raccolta pagg. 1-2715.

diritto al ricongiungimento familiare, al d.p.r. n. 1656 del 1965. Attualmente questo testo di legge, recante il titolo di “norme sulla circolazione e il soggiorno dei cittadini degli Stati membri della C.E.E.” risulta definitivamente abrogato dall’art. 25, comma secondo del d.lgs. n. 30 del 2007 così come il precedente d.p.r. n. 54 del 2002 che ne aveva modificato la disciplina in precedenza.

In conclusione, il decreto legislativo n. 30 del 2007 disciplina il diritto al ricongiungimento dei familiari dei cittadini italiani (e dei paesi membri dell’UE) residenti in Italia, sia per effetto dell’art. 23 sopracitato, sia per effetto dell’art. 28 secondo comma del d.lgs. n. 286 del 1998 (che non ha subito modifiche od abrogazioni), salva però sempre la clausola di salvaguardia dell’applicabilità residuale del d.lgs. n. 286 del 1998 ove più favorevole. Peraltro la legislazione italiana è coerente con il Considerando n. 29 della Direttiva 2004/38/CE, il quale afferma “*la presente Direttiva non dovrebbe ostacolare l’applicazione delle norme nazionali più favorevoli*” e con l’art. 3 par. 5⁵.

Ne consegue che al fine di individuare la disciplina giuridica nel dettaglio ed in particolare la nozione di “familiare” enucleabile dal complesso sistema descritto occorre prendere le mosse dalla legge speciale.

L’art. 2 del d.lgs. n. 30 del 2007 che contiene la definizione di “familiare” riproducendo esattamente la lettera della Direttiva, al n. 3 della lettera b) indica tra i familiari i discendenti diretti di età inferiore ai 21 anni, escludendo quindi i minori affidati in quanto non riconducibili alla nozione di discendente diretto riguardante soltanto i figli legittimi, naturali, adottivi in senso stretto⁶. Ne rimane escluso il minore “affidato” e conseguentemente quello legato da vincolo di *kafalah*, trattandosi di un istituto che non crea legami di discendenza diretta con la famiglia del *kafil*, per espresso divieto coranico. Questa definizione restrittiva della discendenza può essere ampliata dal secondo comma dell’art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998 che equipara ai figli, ai fini del ricongiungimento familiare, i minori adottati ed “affidati” o sottoposti a tutela, in quanto disposizione più favorevole al minore (Lang 2011, *ult cit.*, Clerici, *ult. cit.*).

Peraltro un’autorevole dottrina (Morozzo della Rocca, 2011, *cit.*) ha prospettato un’opzione interpretativa estensiva dello stesso art. 2 del d.lgs. n. 30 del 2007. Pur ritenendo che l’art. 2 della Direttiva contenga un’elencazione tassativa dei familiari, viene posto in dubbio che la tassatività debba necessariamente condurre ad una interpretazione letterale soprattutto alla luce delle indicazioni contenute nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio denominata “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

⁵ Secondo il quale la direttiva non priva gli stati membri della facoltà di adottare o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli.

⁶ La possibilità di ricostruire una nozione di famiglia propria del diritto dell’Unione europea è compito arduo. Per questa ragione viene lasciata agli Stati un certo margine di discrezionalità, come testimonia l’art. 3 della Direttiva 2004/38/CE. Peraltro la Commissione nella relazione di accompagnamento aveva espressamente previsto la facoltà per gli Stati di decidere circa l’inclusione dei minori in affidamento nel novero dei familiari. Per una nozione estesa di familiare si veda il Reg. 883/2004/CE in tema di sicurezza sociale su cui vedi nota 37 Lang, 2011, 64.

liberamente all'interno del territorio degli Stati membri"⁷. In tale atto si afferma "la nozione di parenti diretti in linea discendente o ascendente si estende alle relazioni adottive o ai minori posti sotto la custodia di un tutore legale permanente. 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". Anche se la Commissione non è depositaria del potere d'interpretazione autentica delle norme europee, atteso che tale compito spetta alla Corte di Giustizia in via esclusiva, essa è tuttavia l'istituzione che studia, redige e propone al legislatore europeo le direttive che verranno approvate ed è inoltre deputata al monitoraggio e controllo della esatta esecuzione delle medesime. Alla luce delle indicazioni da tale organo fornite, anche i minori affidati, quando il legame in concreto esaminato sia solido, possono essere equiparati ai discendenti. Piuttosto, l'attenzione rivolta al caso particolare sembra condurre all'applicazione estensiva del successivo art. 3 che, proprio alla possibilità di estendere l'applicazione della direttiva anche a vincoli di tipo diverso da quelli contenuti nel precedente art. 2 si riferisce.

Anche questa norma è stata sostanzialmente riprodotta quasi testualmente dalla Direttiva mentre, come è stato sottolineato in dottrina (Morozzo della Rocca, 2011, 850 **all. 9**) a livello attuativo sarebbe stata necessaria una puntualizzazione dei casi in cui ricorrendo le condizioni della convivenza a carico del familiare poteva essere riconosciuto il diritto al ricongiungimento nel caso concreto. Tuttavia, il comma secondo dell'art. 3 afferma che lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno di "ogni altro familiare, qualunque sia la cittadinanza, non definito dall'art. 2, comma 1, lettera b) se è a carico o convive nel paese di provenienza con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente". La condizione della convivenza nel paese di provenienza non sarà frequentemente riscontrabile nella situazione del minore da affidarsi in *kafalah* ma non può negarsi che anche questa norma, pur imponendo una verifica rigorosa del caso concreto soprattutto in chiave antielusiva, tenuto conto della condizione costituzionalmente privilegiata del minore, può comporre il quadro delle norme applicabili al ricongiungimento familiare del minore affidato in *kafalah*⁸.

Certamente la doppia previsione della clausola di salvaguardia, contenuta nell'art. 23 del d.lgs. n. 30 del 2007 e nell'art. 28, secondo comma del T.U. n. 286 del 1998, non abrogato, neanche implicitamente, dalla legge di trasposizione della Direttiva, indica, ove condivisibile, il percorso interpretativo più lineare al fine di accogliere nella nozione di familiare, al pari dei minori affidati (art. 29, comma 2 d.lgs. n. 286 del 1998) quelli affidati in *kafalah*, non escludendosi, neanche in questa ipotesi, la necessità di esaminare attentamente la tipologia di *kafalah* adottata, la sua natura giudiziale (di più agevole adattabilità) o consensuale (più problematica, sotto il profilo dell'ordine pubblico proprio per la natura del titolo, salvo l'accertamento rigoroso

⁷ La Comunicazione della Commissione Europea concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE, adottata cinque anni dopo la Direttiva recita "i minori in affidamento e i genitori affidatari possono beneficiare dei diritti previsti dalla Direttiva a seconda dell'intensità del legame per caso". (COM/2009/313 del 2/7/2009).

⁸ Nella giurisprudenza di merito il ricorso all'art. 3 è stato utilizzato da Tribunale Tivoli 22/12/2010 in Corr. Giur. 2011, 847 con nota Morozzo, **all. 9** dottrina.

delle condizioni e l'eventuale controllo omologante successivo) e la situazione concreta del nucleo familiare o del cittadino italiano richiedente. Ai fini della corretta applicazione dell'art. 29 (Gelli, 2010, 791 **all. 11**), in chiave antielusione della disciplina normativa dell'immigrazione, risulterà di rilievo la preesistenza di un consolidato legame tra minore e richiedenti. Del resto nell'opposta ipotesi dell'assenza di rapporti tra *kafil* e *maskul* non potrebbe darsi luogo al ricongiungimento familiare per difetto dei presupposti di legge, trovando applicazione il comma nono del medesimo art. 29, ai sensi del quale la richiesta di ricongiungimento familiare è respinta se è accertato (anche per indizi presuntivi) l'intento elusivo della formazione sull'ingresso e il soggiorno e trattandosi di minore anche di quella relativa all'adozione internazionale.

Deve, tuttavia, porsi in evidenza che l'art. 1 del T.U. n. 286 del 1998 al secondo comma prevede, nel testo modificato per effetto dell'art. 37, comma 2 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito con modificazioni, nella L. 6 agosto 2008 n. 133, che *“il presente testo unico non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo quanto previsto dalle norme di attuazione dell'ordinamento comunitario”*. Tale modifica non sembra però riguardare i cittadini italiani, in quanto inserita in un articolo relativo alle prestazioni e certificazioni sanitarie, e finalizzato alla semplificazione dei procedimenti e dei controlli in questo settore. Inoltre, sul piano sistematico tale norma non sembra idonea a determinare l'abrogazione della clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 29 che ha ad oggetto uno speciale ambito del diritto di soggiorno, fondato su diritti di rango costituzionale di primario rilievo, come quello all'unità familiare. Tale disciplina normativa si pone in relazione di specialità (Morozzo della Rocca, *ult. cit.*) rispetto alle indicazioni generali contenute nell'art. 1 proprio perché composta da un regime giuridico integrato, in quanto fondato sulla normativa di derivazione europea (d.lgs. n. 30 del 2007 e principi della Direttiva 2004/38/CE) e dagli art. 28 e seguenti del T.U.

2.3 Il riconoscimento interno del provvedimento di *kafalah* secondo il diritto internazionale privato e la l. n. 184 del 1983 sull'adozione.

Un'altra modalità di riconoscimento della *kafalah* nel nostro ordinamento interno, diversa anche se non alternativa al ricongiungimento familiare, è costituita dalla domanda rivolta a far dichiarare l'efficacia dell'ordinanza di affidamento nel nostro ordinamento, utilizzando il procedimento regolato dall'art. 67 della l. n. 218 del 1995.

Le sentenze straniere e i provvedimenti di volontaria giurisdizione sono automaticamente riconosciuti nel nostro ordinamento qualora vengano rispettate le condizioni di cui all'art. 64 e 65 e, per ciò che riguarda il tema della presente indagine, purché non siano contrari all'ordine pubblico. Occorre, altresì, tenere presente l'art. 42 della l. n. 218 del 1995 ai sensi del quale *“la protezione dei minori è in ogni caso regolata dalla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, resa esecutiva con legge 24 ottobre 1980 n. 742”*.

Secondo il rinvio per “incorporazione” operato da questa norma, (Campiglio, *cit.*) applicabile conseguentemente anche ai paesi (quali quelli islamici) che non l'abbiano firmata, la competenza e la legge applicabile sono quelle della residenza del minore. Le misure adottate nel rispetto di questa norma dovrebbero formare oggetto del

riconoscimento automatico *ex art.* 64 o 66 se di volontaria giurisdizione. Ma la stessa Convenzione dell'Aja stabilisce che qualora l'esecuzione delle misure di protezione del minore comporti atti di esecuzione in uno Stato diverso da quello in cui sono state adottate, il loro riconoscimento e la loro esecuzione deve essere richiesta alle autorità competenti, ovvero nel nostro ordinamento al Tribunale per i minorenni (art. 4 comma 1 l. n. 64 del 1994).⁹ Quale che sia il canale attraverso il quale l'autorità giurisdizionale venga investita della delibazione del provvedimento di *kafalah* ai fini della declaratoria di efficacia del medesimo nel nostro ordinamento, il vaglio da compiere riguarda in modo pressoché esclusivo la sua compatibilità con i principi di ordine pubblico interno ed internazionale (art. 65 l. n. 218 del 1995).

Al riguardo, la valutazione conduce verosimilmente ad esiti divergenti a seconda che si consideri la *kafalah* come una misura di protezione sostitutiva dei minori non equiparabile ad alcun fine all'adozione o viceversa si ritenga una forma surrettizia di adozione¹⁰. Nella prima ipotesi, l'istituto, come stabilito in modo conforme dalla Corte di Cassazione (sent. n. 7472 del 2008 rv. 602591, **all. 5**) può essere ricondotto a quello dell'affido assistenziale o etero familiare (artt. 2 -5, titolo I-*bis* della l. n. 184 del 1983¹¹) ed essere ritenuto non assimilabile all'adozione legittimante, in quanto finalizzato ad offrire protezione ai minori proprio in sistemi ove l'adozione è proibita.

L'astratta compatibilità con l'ordine pubblico interno ed anche con quello internazionale come confermato dagli espressi richiami contenuti nella Convenzione ONU di New York ed in quella dell'Aja del 1996, non esclude però, secondo la dottrina (Gelli *cit.* Mondino, 2008, 349 **all. 12**) l'esigenza di verificare se nonostante la diversità di effetti astrattamente previsti dal regime giuridico dell'istituto della *kafalah* rispetto a quello dell'adozione, con questa tipologia di misura di protezione dei minori non si voglia aggirare la disciplina imperativa relativa all'adozione internazionale, la cui rigorosa applicazione è altrettanto finalizzata a dare preminenza all'interesse del minore.

⁹ A favore del riconoscimento automatico A. Bonomi, La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione, in Riv. dir. int. priv. e proc., 1995, 618; *contra* Mosconi, Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale, Utet, Torino, 1997, pag. 16,17.

¹⁰ Si richiama Long, Adozione extraconvenzionale di minori provenienti da paesi islamici in Nuova giur. civ. comm., 2003 151, **all. 13** dottrina nella quale l'autrice, a commento di una pronuncia del Tribunale dei minori di Trento fa un'ampia disamina del grado di compatibilità tra adozione non legittimante (art. 44 l. n. 184 del 1984) e *kafalah*, sottolineando invece la netta incompatibilità con l'adozione legittimante, anche perché tale soluzione risulta l'unica rispettosa con i dettami dell'ordinamento di provenienza, nel quale l'adozione è vietata. Peraltro secondo l'autrice, ai sensi dell'art. 42 della l. n. 218 del 1995 un provvedimento di *kafalah* marocchino dovrebbe produrre direttamente nell'ordinamento italiano i medesimi effetti che produce in quello marocchino. Tale provvedimento essendo equiparabile all'affidamento non dovrebbe essere trascritto nei registri dello Stato civile ma rimane il problema del titolo del soggiorno del minore o, in caso d'ingresso autorizzato le necessità pratiche (iscrizioni a scuola o assistenza sanitaria) che rendono necessario l'attribuzione diretta di efficacia al provvedimento in questione

¹¹ La soluzione è stata riferita però alla *kafalah* fondata su un provvedimento giudiziale o pubblicitario che contenga una valutazione d'idoneità della famiglia affidataria nonché della condizione di sostanziale abbandono del minore così come previsto nella legge marocchina in ordine alla quale si richiama Gelli, 2008, 678, specie le note 3 e 4,5,6,7, e pag. 679 e seguenti all. 14 dottrina. Dovrebbe anche secondo questa autrice esclusa la *kafalah* consensuale per il possibile contenuto di atto di disposizione del minore. In questa tipologia di *kafalah*, prevista dalla legge consuetudinaria del Marocco ma non espressamente dal diritto positivo così come modificato nel 2001, il controllo in chiave di omologazione è successivo.

Al riguardo sono stati elaborati dalla dottrina alcuni indicatori dell'intento elusivo partendo dal presupposto (Gelli e Morozzo della Rocca *cit.*) che il discrimine tra *kafalah* ed adozione non può risiedere sulla nazionalità del soggetto richiedente l'efficacia del provvedimento straniero (o il diritto al ricongiungimento familiare) ma piuttosto vada valutata sulla natura del rapporto sottostante. Se tale rapporto è preesistente o consolidato; si fonda su legami parentali significativi, se il richiedente è di religione mussulmana, se la nazionalità è comune (prescindere dalla cittadinanza italiana del richiedente) potrebbe presumersi la buona fede del richiedente.

Si può opporre a questa prospettiva dottrinale che in sede di riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento straniero, questa indagine è contraria ai parametri che il giudice deve seguire ai sensi degli art. 65 e 66 l. n. 218 del 1995. A tal obiezione può però contrapporsi che la clausola generale del divieto di abusività del negozio di diritto familiare, espressamente contenuta nell'art. 29 e riferita anche all'adozione, costituisce un principio di ordine pubblico non solo interno in quanto immanente al sistema di regolazione dell'ingresso, del soggiorno e della circolazione dei cittadini stranieri nell'Unione Europea.

2.3.1 La sentenza n. 19450 del 2011.

Deve, tuttavia, osservarsi, che il percorso argomentativo operato da una recente sentenza della Corte di Cassazione (n. 19450 del 2011 **all. 9**) è stato radicalmente diverso.

La pronuncia è d'indubbio rilievo proprio perché l'oggetto della domanda azionata da una coppia di cittadini italiani non è stata l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare da parte di cittadini italiani (come per la sentenza n. 4868 del 2010 all.2 che verrà esaminata nella sessione successiva) con il minore ad essi affidato in *kafalah*, con provvedimento giudiziale, ma la declaratoria di efficacia dell'atto straniero. Al riguardo secondo la Corte non potevano essere applicate le norme di diritto internazionale privato che regolano il riconoscimento automatico dei provvedimenti stranieri, ma il regime giuridico speciale fissato nell'art. 41, secondo comma, della l. n. 218 del 1995 secondo il quale “*restano ferme le disposizioni delle leggi speciali in materia d'adozione*” ed in particolare il peculiare procedimento regolativo dell'adozione internazionale, disciplinato dalla l. n. 476 del 1998. Tali norme sono di applicazione necessaria e conseguentemente impediscono l'applicazione della disciplina generale di riconoscimento dei provvedimenti stranieri stabilita nei citati art. 64 e seguenti¹².

Si deve, conseguentemente, ritenere che la Corte con la pronuncia in questione abbia ritenuto la *kafalah* un istituto equiparabile all'adozione nonostante il divieto

¹² Così la sentenza: “*Ne consegue l'applicabilità in subiecta materia della l. 31 dicembre 1998 n. 476 (recante modifica ed esecuzione della Convenzione per la tutela dei minori adottata all'Aja il 29 maggio 1993) che ha radicalmente modificato la disciplina dell'adozione internazionale, sostituendo al procedimento di deliberazione del provvedimento straniero dettato dall'art. 32 della l. 184 del 1983, una complessa procedura che si snoda in più fasi, analiticamente disciplinate dai novellati artt. 29 e seguenti ed affida al Tribunale per i minorenni i poteri in dette norme previste, tra l'altro disponendo che l'adozione internazionale dei minori provenienti da Stati che hanno ratificato la Convenzione può avvenire “soltanto con le procedure e gli effetti previsti dalla presente legge” (Cass. n. 1155 del 2004 **all. 1**; 5376 del 2006 **all. 3**).*”

coranico, qualora il richiedente (o i richiedenti) sia un cittadino italiano che, come si legge nella motivazione, non abbia avuto alcun rapporto di familiarità, prima di avere l'affidamento in *kafalah*, con il minore straniero in stato d'abbandono, e ne voglia assumere la rappresentanza, includendolo nel proprio nucleo ad ogni effetto. A realizzare questo peculiare obiettivo, afferma la sentenza, è posta la normativa interna sull'adozione internazionale che rappresenta “*l'unico ragionevole punto d'equilibrio tra le esigenze di protezione dei minori stranieri abbandonati e le richieste d'inserimento familiare dei cittadini?*” (Cass. 4868 del 2010 **all. 7**).

C'è, tuttavia, da osservare che la qualificazione giuridica astratta di un istituto non può mutare a seconda della nazionalità del richiedente ed essere, di conseguenza, assimilabile all'affidamento assistenziale o etero familiare (art. 2 l. n. 184 del 1983) in caso di richiedente straniero ed all'adozione in caso di richiedente cittadino italiano. Al fine di evitare questa evidente aporia la Corte richiama l'art. 35, comma sesto, lettera d) della l. n. 184 del 1983 che esclude la trascrivibilità di provvedimenti di adozione o affidamento stranieri che non si siano realizzati tramite le autorità centrali e un ente autorizzato. Nel riconoscimento del provvedimento giudiziale estero di *kafalah* così come per gli altri casi di riconoscimento di provvedimenti di adozione assunti all'estero (Cass. 6079 del 2006 **all. 4**; 3572 del 2011 **all. 8**), deve escludersi l'applicabilità dell'automatismo previsto dagli artt. 64 e seguenti della l. n. 218 del 1995 ma si applicano le disposizioni speciali vigenti in materia di adozione.

A questa affermazione la dottrina (Morozzo della Rocca, 2012, *cit.* **all. 7**) ha opposto due obiezioni che si riassumono sinteticamente:

1) se la *kafalah* è stata assimilata ai fini dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare all'affidamento assistenziale od etero familiare (art. 2 l. n. 184 del 1983), quanto alla sua natura giuridica e alla sua finalità solidaristica, non possono trovare applicazione le regole di diritto internazionale privato che disciplinano l'adozione e in caso di minori stranieri, l'adozione internazionale, perché gli istituti sono diversi e non raggruppabili in un'unica categoria astratta, avendo l'affido caratteristiche come la temporaneità, il legame con la famiglia di origine e la conservazione del nome incompatibili con l'adozione. Rimangono, pertanto applicabili gli artt. 64 e seguenti della l. n. 218 del 1995 con il limite dell'ordine pubblico da scrutinare, in particolare in chiave antielusiva, attesa la varietà di conformazioni che può assumere la *kafalah* in relazione al rapporto con il nucleo di origine e ai poteri sostitutivi della famiglia di accoglienza;

2) l'art. 35, comma sesto della l. n. 184 del 1983, nel vietare la trascrizione dell'affidamento straniero non si riferisce all'affidamento assistenziale od etero familiare ma a quello preadottivo, ovvero ad un rapporto con la famiglia di accoglienza prodromico al perfezionamento della procedura di adozione internazionale. Tale conclusione si può far derivare dalla collocazione dell'art. 36 (nel Titolo III, capo I – dell'adozione degli stranieri) e dalla lettura del testo che riguarda la scansione endoprocedimentale del procedimento di adozione internazionale. Ne consegue la necessità di valutare in concreto se l'affidamento in *kafalah* presenti le caratteristiche dell'affidamento preadottivo, mediante l'esame di quegli indicatori di

buona fede già evidenziati, ovvero se non sia finalizzato ad oltrepassare il controllo delle Autorità centrali o degli enti autorizzati.

3. Kafalah e ricongiungimento familiare nella giurisprudenza di legittimità.

La prima pronuncia di legittimità che si è occupata del riconoscimento della *kafalah* non ha riguardato il diritto al ricongiungimento familiare, ma la compatibilità dell'istituto estero di protezione del minore con il nostro regime giuridico dell'adozione.

Come abbiamo già potuto constatare dall'analisi normativa, la comparazione diretta con l'adozione costituisce l'altro profilo problematico relativo all'accesso e al riconoscimento della *kafalah* nel nostro ordinamento. Anzi, come potrà agevolmente evidenziarsi con l'illustrazione della più recente giurisprudenza di legittimità sul ricongiungimento familiare, i due profili e i due ambiti normativi (il diritto alla coesione familiare così come previsto dal diritto dell'immigrazione e il regime giuridico dell'adozione internazionale) tendono ad intersecarsi, anche quando l'oggetto del giudizio non riguardi direttamente gli istituti adottivi.

3.1 Richiedente cittadino di paese terzo.

Risulta, pertanto, di primario rilievo esaminare la sentenza della prima sezione n. 21395 del 2005 **all. 2** che per prima, in sede di legittimità si è occupata di *kafalah*. In questa pronuncia è stato ritenuto che gli affidatari italiani in *kafalah* di un minore marocchino non sono legittimati a proporre opposizione al decreto di adottabilità del minore medesimo, dichiarata dal Tribunale per i minorenni, perché privi di legittimazione ad agire. Le ragioni della decisione si fondano proprio sull'ontologica diversità tra l'adozione e la *kafalah*.

Premessa la natura processuale della questione di legittimazione e la conseguente applicazione della legge italiana, afferma la Corte che la *kafalah* attribuisce solo un potere-dovere di custodia corredato di funzioni educative corrispondenti con l'affidamento familiare ma non determina né la tutela né la rappresentanza legale in capo agli affidatari. *“L’istituto della kafalah, infatti, previsto dalla stessa legge marocchina quale strumento di protezione dell’infanzia e, come tale, riconosciuto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, attribuisce agli affidatari un potere-dovere di custodia, a tempo sostanzialmente indeterminato, con i contenuti educativi di un vero e proprio affidamento preadottivo, ma non attribuisce tutela né rappresentanza legale, nel senso esattamente che, mentre dal punto di vista sostanziale vuole realizzare una vera e propria presa in carico educativa da parte degli affidatari, ben paragonabile al contenuto del nostro affidamento familiare, dal punto di vista giuridico-formale non intende trasferire anche la tutela, giacché, così, verrebbe contraddetto il principio, cui quella legislazione tiene particolarmente, che non debba mai venire perduto il legame del minore con le proprie origini, onde è “una Autorità marocchina che ha il potere tutelare” e, precisamente, il governatore della prefettura, denominato wali, cui spetta appunto la tutela dei minori in stato di abbandono, laddove, se viene autorizzato l’espatrio del minore, la tutela stessa*

viene attribuita al Console del Marocco competente per l'area dove il minore e la famiglia affidataria risiedono".

Gli affidatari in *kafalah*, dunque, non essendo genitori, né parenti entro i limiti richiesti dalla legge, né potendo rivestire la funzione del tutore, non rientrano nelle categorie dei legittimati ad agire indicati dall'art. 17 della l. n. 183 del 1984.

Il principio stabilito dalla Corte costituisce un importante punto di partenza ai fini di una corretta qualificazione giuridica dell'istituto della *kafalah* nelle sue linee generali, avendo ben presente, come indica la Corte e come suggerisce la dottrina che la configurazione astratta dell'istituto deve essere esaminata in concreto al fine di verificare se, qualunque sia la forma d'ingresso dell'istituto nel nostro ordinamento s'intendano eludere le norme inderogabili in tema di adozione internazionale. Non può essere trascurato, infatti, che nella specie gli affidatari erano cittadini italiani che avevano avuto in affidamento un neonato, entrato in Italia privo sia del visto a scopo di adozione sia della autorizzazione della Commissione per le adozioni internazionali¹³.

L'ontologica incompatibilità tra *kafalah*, dovuta sia al regime giuridico proprio dell'istituto che al contesto culturale e religioso in cui tale istituto si è formato, già sottolineata nella pronuncia sopra esaminata, ha trovato puntuale conferma in tre pronunce della prima sezione (7472 del 2008 rv. 602591 **all. 5**; 18174 del 2008 rv. 604462 **all. 5-bis** e 1908 del 2010 rv. 611621 **all. 6**) che hanno ritenuto equiparabile all'affidamento etero familiare la "kafalah" di diritto islamico, alla luce di una esegesi costituzionalmente adeguata delle norme sul ricongiungimento familiare e tenuto conto della previsione dell'istituto nella citata Convenzione di New York e degli arresti della Corte Costituzionale (sent. n. 198 e 205 del 2003).

E' utile ripercorrere l'iter argomentativo della pronuncia n. 7472 del 2008 ed in quelle che l'hanno seguita, per verificarne l'applicabilità o l'utilizzazione anche alle ipotesi in cui i richiedenti siano cittadini italiani. Deve, infatti, essere sottolineato che la pronuncia n. 4868 del 2010, la quale si è discostata dai precedenti sopra menzionati perché ha ritenuto non applicabile il T.U. n. 286 del 1998 nel caso in cui il richiedente sia cittadino italiano, abbia consapevolmente assunto come punto di partenza proprio la qualificazione giuridica della *kafalah* indicata dai precedenti citati ed abbia desunto il

¹³ Deve essere ricordato un orientamento della giurisprudenza di merito favorevole al riconoscimento della *kafalah* come adozione cd mite (tecnicamente adozione non legittimante ex art. 44 l. n. 184 del 1983). Trib. min. Trento, 5 marzo 2002 (decr.), e Trib. Min. Trento, 10 settembre 2002 (decr.). Questo orientamento è stato accolto criticamente dalla dottrina. Si segnala al riguardo Long, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafalah e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 157-158. **all. 13**. Nelle vicende che hanno dato luogo alle pronunce del Trib. Di Trento deve essere segnalata l'anomalia iniziale costituita dall'autorizzazione all'ingresso da parte della Commissione per le adozioni internazionali. Come è stato osservato in dottrina (Long, la Cassazione fa il passo del gambero, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, 7-8,1, 831 **all. 2**, le pronunce in cui il *kafil* è un cittadino italiano rappresentano una minoranza. Peraltro la giurisprudenza di merito, dopo i precedenti del Tribunale di Trento ha avuto un atteggiamento di netto rifiuto all'introduzione della *kafalah* come strumento per aggirare la legge sull'adozione internazionale (Trib. Minori Brescia, in *Riv. Dir. Intern. Privato e Processuale*, 2010, 3, 760 **all. 15**), mentre ha avuto tendenzialmente un atteggiamento favorevole rispetto all'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare, anche quando il richiedente è cittadino italiano (Corte d'Appello Venezia, 9 febbraio 2011 in *Corriere Giuridico*, 2011, 847 con richiamo a precedente conforme Trib. Tivoli 22 giugno 2010 cui segue nota di Morozzo della Rocca, *Sull'affidamento del minore straniero in kafalah tornerà a pronunciarsi la Cassazione*. **All. 9**.

diniego del riconoscimento del diritto proprio dalla mancata previsione nel d.lgs. n. 30 del 2007 del minore affidato tra i familiari titolari del diritto in questione.

La Corte afferma in primo luogo che nel bilanciamento d'interessi, necessario in ogni operazione volta a rinvenire l'interpretazione della norma che sia costituzionalmente orientata, deve riconoscersi una preminenza, derivante anche sentenze della Corte Costituzionale sopra indicate, dell'interesse del minore con riguardo al T.U. sull'immigrazione.

In secondo luogo si ritiene che l'esigenza antielusiva sottolineata dalla Amministrazione pubblica deve trovare sfogo nel complesso ed articolato procedimento autorizzatorio interno e non può tradursi in una pregiudiziale esclusione del requisito per il ricongiungimento familiare che *“penalizzerebbe tutti i minori di paesi arabi (...) per i quali la kafalah è l'unico strumento di protezione previsto dagli ordinamenti islamici”*.

In terzo luogo la *kafalah* non può mai avere effetti legittimanti e determinare modificazione nello stato civile del minore, per il divieto coranico dell'adozione e può anche essere frutto di un procedimento di accertamento delle qualità del *kafil* e di autorizzazione giudiziale. Pertanto i punti in comune con l'affidamento sono superiori agli elementi di divergenza, da rinvenirsi questi ultimi pressoché esclusivamente nel carattere tendenzialmente stabile della *kafalah* rispetto all'affidamento etero familiare (ma deve aggiungersi comunque limitato alla maggiore età del minore stesso, come la stessa Corte evidenzia).

In quarto luogo, la Corte ha evidenziato che le perplessità sul riconoscimento possono porsi solo con riferimento alla *kafalah* di origine negoziale, peraltro non prevista dalla nuova legislazione marocchina (citata nelle sessioni precedenti) che impone l'autorizzazione giudiziale ed il controllo pubblico anche ai fini dell'espatrio.

Rimane da chiarire un passaggio contenuto nella sentenza n. 2395 del 2005 e ripreso dalla n. 7472 del 2008. In entrambe si fa riferimento all'affidamento preadottivo ma solo sotto il profilo del contenuto di custodia e dei poteri doveri educativi degli affidatari oltre che per sottolineare il mancato effetto legittimante di tale relazione qualificata con il minore ma non, invece, per la correlazione procedimentale con l'adozione come sembra sostenere la sentenza n. 19450 del 2011 con il riferimento all'art. 36 della l. n. 184 del 1983. Ciò che si vuole porre in evidenza nelle due pronunce è proprio la non assimilabilità dell'affidamento familiare (ampio *genus* di cui può far parte anche l'affidamento preadottivo, ma che, come complesso di poteri e doveri comprende anche l'affidamento eterofamiliare) all'adozione, per l'assenza di effetti legittimanti. Dunque non sussiste il rischio di contraddittorietà di orientamenti o confusione d'istituti laddove si distingue all'interno dell'affidamento familiare, l'affidamento preadottivo, e all'interno di quest'ultimo il suo profilo sostanziale da quello (eventuale) strumentale all'adozione.

3.2 Richiedente cittadino italiano: la diversità di soluzioni al vaglio della dottrina – Profili di discriminazione ingiustificata nella soluzione negativa.

La riconducibilità della *kafalah* ad un istituto quale l'affidamento che ne accoglie le finalità solidaristiche di protezione dei minori ma ne sottolinea anche la diversità dall'adozione sotto il profilo dell'assenza di alcun effetto legittimante o di modifica dello stato civile del minore, costituisce, di conseguenza un punto di partenza solido, affermato da tre pronunce di legittimità, condiviso dalla dottrina (Lang *cit.*, **all. 10** Morozzo della Rocca, **all. 9** Gelli, **all. 11**, Venchiarutti *cit.* **all. 1** e seguito dalla assolutamente prevalente giurisprudenza di merito¹⁴.

Punto di approdo che non è affatto smentito dall'orientamento successivo della Corte di Cassazione, contenuto nella pronuncia n. 4868 del 2010, ancorché la soluzione, con riferimento all'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare da parte del cittadino italiano, sia di segno opposto. Nel ritenere applicabile esclusivamente il d.lgs. n. 30 del 2007 e la nozione di familiare ivi contenuta, la Corte afferma che *“non vi è spazio, nelle predette previsioni (quelle del d.lgs. n. 30 del 2007 n.d.r.) per ricomprendervi minori che né siano discendenti diretti propri o del coniuge/partner, né siano legati da vincolo parentale per ragioni di sangue ed a carico od in convivenza nel paese straniero con il cittadino ma vertano nella situazione di minori “affidati” alla stregua di norme dello stato di cittadinanza del minore che, come nel caso della legislazione del Marocco sulla kafalah, delineano una sorta di affidamento convenzionale, da omologare, dettato per la protezione affettiva e materiale del minore e senza che questi assuma titoli di “familiarità” alla stregua delle norme poste dalla Direttiva CE.”*

La Corte, in questa pronuncia mostra di condividere l'inquadramento operato dai precedenti di legittimità esaminati ed, anzi, deriva da questa equiparabilità tra *kafalah* e “affidamento convenzionale” (ovvero disancorato dall'adozione) una delle argomentazioni che porteranno al mancato riconoscimento del diritto, sul rilievo che il d.lgs. n. 30 del 2007 ha una nozione di familiare molto più restrittivo. Nella parte dedicata all'esame del quadro normativo è stata illustrata la critica della dottrina a questa interpretazione specialmente da parte di chi (Morozzo della Rocca, 2011 *cit.* **all. 9**) ritiene che l'art. 2 del decreto delegato e della direttiva, possano essere interpretati non testualmente alla luce delle indicazioni *ad hoc* della Commissione Europea.

Rimane però ferma la condivisione della riconducibilità della *kafalah* all'affidamento e non ad istituti di natura adottiva. A conferma di tale assunto la pronuncia afferma che nell'art. 2 sopra citato rientrano *“oltre ai discendenti diretti infraventunenni 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 terzo della l. n. 184 del 1983 (come modificata dalla l. n. 476 del 1998 in esecuzione della Convenzione de l'Aja 29/5/1993)”*.

Il titolo terzo della legge sull'adozione è quello che disciplina specificamente l'adozione internazionale. All'interno di esso l'art. 34 prevede espressamente che il

¹⁴ Per una ricognizione esauriente delle pronunce di merito che hanno aderito all'orientamento di Cass. n. 7472 del 2008 si richiama la nota 2 dell'articolo di Morozzo della Rocca, Sull'affidamento al cittadino italiano del minore straniero mediante *kafalah* tornerà ad occuparsi la Cassazione, in *Corr. Giur.* 2011 *cit.* **all. 9**.

minore che abbia fatto ingresso nello Stato sulla base di un provvedimento straniero di adozione o di affidamento a scopo di adozione gode dei diritti attribuiti al minore italiano in affidamento familiare. L'affidamento preadottivo, alla stregua del secondo comma dell'art. 34 e del terzo comma del successivo art. 35 ha in genere la durata di un anno e svolge la funzione di monitorare l'andamento del nuovo nucleo familiare.

La sentenza n. 4868 del 2010 distingue nettamente l'affidamento preadottivo che costituisce un sub procedimento dell'adozione internazionale, astrattamente riconducibile alla nozione di familiare contenuta nella Direttiva e nel d.lgs. n. 30 del 2007 ma concretamente realizzabile solo mediante lo speciale regime dell'adozione internazionale e l'affidamento eterofamiliare, istituto solidaristico disciplinato nel Titolo I-bis della l. n. 184 del 1983, introdotto dalla l. n. 149 del 2001, cui è stata ricondotta la *kafalah* dalla sentenza n. 7472 del 2008.

Da questa distinzione la sentenza n. 4868 del 2010 fa discendere alcune importanti conseguenze:

- l'affido puro e semplice non rientra nella nozione di familiare stabilita dal d.lgs. n. 30 del 2007;

- tale complesso normativo è l'unico applicabile ai cittadini italiani perché il rinvio alla disposizione più favorevole contenuto nell'art. 28 secondo comma del d.lgs. n. 286 del 1998, relativo al diritto all'unità familiare dei cittadini italiani (ivi residenti) si può riferire esclusivamente alle modalità di attuazione del diritto ma non ai suoi presupposti sostanziali, limitandosi la clausola di salvaguardia ai profili procedurali.

Nella precedente sessione dedicata all'esame del complessivo quadro normativo sono state poste in evidenza le convergenti critiche della dottrina a tale interpretazione, fondate prevalentemente sulla mancanza di una valida giustificazione di tale limite applicativo oltre che sulla previsione normativa contenuta nell'art. 23 del d.lgs. n. 30 del 2007. Questa norma che elimina ogni dubbio sulla possibilità di applicare il d.lgs. n. 30 del 2007 anche ai cittadini italiani, residenti nel nostro territorio al momento dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare, contiene una clausola di salvaguardia che integra quella contenuta nell'art. 28 secondo comma del d.lgs. n. 286 del 1998. In quest'ultima l'apertura è verso il T.U. sull'immigrazione qualora più favorevole, nell'art. 23 è verso il d.lgs. n. 30 del 2007, considerato però non come parametro normativo esclusivo ma concorrente, in quanto applicabile solo se più favorevole. Come già illustrato, il diritto alla coesione familiare dei cittadini italiani residenti è disciplinato dal d.lgs. n. 30 del 2007, sia per effetto della norma di rinvio contenuta nell'art. 23 sia per effetto della norma di rinvio contenuta nell'art. 28, secondo comma, atteso che la normativa di settore richiamata da tale disposizione è stata abrogata e sostituita proprio dal d.lgs. n. 30 del 2007. E', infine, disciplinato dal T.U. sull'immigrazione, ove più favorevole, grazie alla doppia clausola di salvaguardia contenuta nelle due norme sopracitate¹⁵. Secondo l'avviso pressoché unanime della

¹⁵ Se ne riproduce per comodità il testo:

Art. 28 secondo comma t.u. 286 del 1998 recita: ai familiari di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea continuano ad applicarsi le disposizioni del D.P.R. n. 1656 del 1965, fatte salve quelle più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione;

Art. 23 d.lgs. n. 30 del 2007: le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana.

dottrina l'apertura verso il regime giuridico più favorevole al raggiungimento dell'obiettivo della coesione familiare, per il rango degli interessi dei richiedenti, in particolare se minori, non può che essere di natura sostanziale e riguardare le condizioni d'ingresso e di soggiorno.

Un attento esame della pronuncia ne rivela, tuttavia, un'altra *ratio* che coincide con le preoccupazioni della dottrina più avvertita, ovvero l'esigenza di evitare l'elusione della disciplina cogente dell'adozione internazionale in nome di un approccio solidaristico. Al riguardo, la Corte afferma che le esigenze di protezione del minore che giustificano l'orientamento di legittimità sulla *kafalah* quando il richiedente sia un cittadino di un paese terzo non possono essere condivise quando il richiedente sia un cittadino italiano *“che non abbia alcun rapporto di familiarità con il minore straniero e che né voglia, né possa pervenire ad includerlo, come figlio nel suo nucleo familiare assumendone la rappresentanza ad ogni effetto: ad assicurare ai cittadini italiani l'inserimento nella propria famiglia come figlio di un minore straniero versante in stato d'abbandono, è posta la normativa dianzi richiamata (l. n. 184 del 1983 e successive integrazioni), 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 impedisce alcuna elusione o disapplicazione”*.

Come già evidenziato nella sessione relativa al quadro normativo interno, il profilo antielusivo sia della normazione relativa all'adozione internazionale sia del regime giuridico sull'immigrazione attiene al rigoroso esame della fattispecie dedotta in giudizio, con particolare riferimento alla natura della *kafalah*, al rapporto tra famiglia affidataria e minore (e famiglia affidante); ai provvedimenti in concreto assunti dall'autorità estera competente, alla natura delle autorizzazioni all'ingresso, al rispetto delle tradizioni religiose di provenienza della famiglia affidataria. Tale indagine non dovrebbe però coinvolgere la definizione del quadro normativo di riferimento, e l'astratta riconducibilità della *kafalah* all'affidamento etero familiare (e non preadottivo). Quest'ultimo istituto trova indiscussa applicazione nei confronti di minori stranieri presenti in Italia, non essendo limitato ai cittadini italiani proprio perché non finalizzato all'ottenimento di un futuro provvedimento di adozione né nazionale né internazionale. Specularmente non sono esclusi dall'accesso all'adozione internazionale, cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in Italia pur se privi della cittadinanza italiana. Pertanto si tradurrebbe in una forma di doppia discriminazione per nazionalità e motivi religiosi, l'esclusione in astratto all'accesso all'affidamento etero familiare di un minore straniero proveniente da un'area geografico culturale ove non esista l'adozione ma solo forme attenuate di protezione dei minori. Discriminazione doppia perché relativa al minore straniero rispetto a minori di nazionalità diversa nonché al cittadino italiano rispetto ad un cittadino di un paese terzo che non voglia stabilire una relazione filiale con il minore ma assumerne la custodia svolgendo una funzione assistenziale ed educativa fino alla maggiore età. Al riguardo si deve segnalare che L'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea enuncia un netto divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla religione. Il grado di vincolatività interno di tale divieto, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è quanto meno pari alla Convenzione Europea dei diritti

dell'uomo. Essa, dunque, costituisce almeno un parametro interpretativo sovraordinato alla legge interna al fine di selezionare, tra le varie opzioni ermeneutiche, una lettura costituzionalmente orientata, in chiave antidiscriminatoria.

Vi è infatti da osservare che se l'ambito normativo all'interno del quale un cittadino italiano (anche se non di nazionalità italiana) può avere in affidamento un minore che proviene da un'area geografica nella quale è vietata l'adozione, ma esistono, come nel caso della *kafalah* altre forme attenuate di protezione dei minori, è definito esclusivamente dal titolo terzo della legge n. 183 del 1984 (ovvero dalla disciplina dell'adozione internazionale), dovrebbe escludersi a priori la possibilità di mantenere tale relazione a finalità solidaristica nel nostro territorio, con la conseguenza che, nonostante l'indiscussa appartenenza dell'interesse del minore all'ambito dei diritti umani, rimarrebbe una categoria di minori stranieri priva, in via generale di uno strumento di protezione (minore ma efficace) solo perché non suscettibile né attuabile attraverso il procedimento relativo all'adozione internazionale. Il problema ha, peraltro un'attualità drammatica, dovuta al mancato recepimento italiano della Convenzione dell'Aja del 1996 che, come già osservato, riconosce espressamente questo istituto. Sono numerose le associazioni (tra le quali si segnalano l'A.I.B.I. (Associazione Amici dei Bambini [ww.aibi.it](http://www.aibi.it)) e l'A.I.A.F. (Associazione Avvocati Familiaristi Italiani) che denunciano tale situazione chiedendo l'immediato riconoscimento della Convenzione. Ma l'Italia rimane uno dei pochissimi paesi a non aver ratificato la Convenzione dopo che anche la Grecia nel 2011 ha provveduto a tale adempimento. Moltissime sono le proposte parlamentari al riguardo (tutte consultabili sul sito A.I.B.I.), anche nell'attuale legislatura, proprio in considerazione dell'elevato numero di minori abbandonati o bisognosi di protezione che si trovano in istituto o in strada specie nei paesi islamici ove vi sono in atto o vi sono state di recente lunghe stagioni di conflitti armati. In questo contesto, risulta di estrema importanza l'intervento giurisdizionale in funzione dell'attuazione di diritti umani anche in considerazione dell'ampio margine di controllo dell'effettiva ed esclusiva valenza solidaristica della richiesta¹⁶.

4. Considerazioni conclusive – Rinvio.

Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale relativa alla prevalenza dell'interesse del minore (nonché agli orientamenti della Corte di Giustizia e della CEDU) rispetto alla tutela della sicurezza del territorio si rinvia alla relazione n. 85 del

¹⁶ In altri paesi il problema del riconoscimento di istituti esteri di protezione dei minori in funzione solidaristica ha trovato una soluzione normativa. Nel Regno Unito con l'*Adoption and Children bill* del 2002 con il quale emendando il *Children Act* del 1999 è stata introdotta una nuova figura di protezione dell'infanzia abbandonata la *Special guardianship*, alla quale ricorrere in alternativa all'adozione legittimante proprio con riferimento a minori stranieri provenienti da gruppi etnici che non consentono l'adozione. In Francia una recente legge del 2011 ha introdotto nel *Code Civil* l'art. 370-3 ai sensi del quale l'adozione di un minore straniero non può essere pronunciata se la sua legge di provenienza proibisce questo istituto sia che sia residente in Francia sia nell'ipotesi contraria (per maggiori elementi Morozzo della Rocca, 2011, **all. 9** Gelli **all. 11**, Venchiarutti **all. 1**). Nella legge francese, dunque il minore affidato in *kafalah* può ricongiungersi all'affidatario ma non può essere adottato. La Spagna, dal 1996 prevede accanto all'affidamento preadottivo un affidamento familiare permanente di natura sostanzialmente residuale.

2010 ed in particolare al paragrafo 3 (**all. 17**). Per quanto riguarda l'applicazione del principio di proporzionalità così come elaborato nella giurisprudenza CEDU in tema di coesione familiare si rinvia anche alla rel. n.115 del 2008 (**all. 16**).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia e l'attuazione pratica del principio di proporzionalità nella valutazione dell'incidenza dell'ordine pubblico interno riferito in particolare ai modelli familiari e filiali, inducono a non sottovalutare un approccio al problema che si fondi su un rigoroso esame della tipologia di *kafalah* che s'intende introdurre nel nostro ordinamento in correlazione alla condizione del minore e degli affidatari.

Questo approccio esclude soluzioni discriminatorie quali quelle che potrebbero essere desunte da scelte fondate sulla stratta valutazione delle norme interne e porta a valorizzare quegli indicatori più volte sottolineati, quali:

- la natura della *kafalah* con particolare riferimento alla pregressa valutazione preventiva di idoneità degli affidatari proveniente da un'autorità pubblica
- la preesistenza e il consolidamento del legame con il minore
- l'ambiente culturale e religioso di provenienza.

(Red. Maria Acierno)

Il direttore aggiunto
(Ulpiano Morcavallo)

INDICE DOTTRINA

- 1) VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani*, in *Dir. Famiglia*, 2010, 4, 1629.
- 2) LONG, “Kafalah”, *La Cassazione fa il passo del gambero* in *Nuova Giur. Civ. Comm*, 2010, I,831.
- 3) PIZZOLANTE, *la kafalah islamica e il suo riconoscimento nell’ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e proc.*, 2007, 947.
- 4) ORLANDI, *la kafalah islamica e il suo riconoscimento come adozione*, in *Dir. Famiglia*, 2005, 635.
- 5) *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con l’ordine pubblico internazionale*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 197.
- 6) CAMPIGLIO, *la famiglia islamica in Italia* in “*La famiglia senza frontiere*” Atti del Convegno presso la facoltà di giurisprudenza dell’Università di Milano (25 maggio 2007), Padova, 2008, 11.
- 7) MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadino italiano e minore straniero ricevuto in kafalah: una decisione non divisibile della Cassazione*, in *Corr. Giur.* 2012, 3.
- 8) ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’unione europea*, in *Riv. Dir. Internaz.* 2011, 01,5.
- 9) MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull’affidamento al cittadino italiano del minore straniero mediante kafalah tornerà a pronunciarsi la Cassazione*, in *Corr. Giur.* 2011, 847.
- 10) LANG, *Considerazioni su kafalah, ricongiungimento familiare e diritto dell’Unione europea*, in *Dir. Citt. Imm*, 2011, 5.
- 11) GELLI, *Questioni relative al ricongiungimento del minore in kafalah al cittadino italiano*, in *Fam e dir.* 2010, 787.
- 12) MONDINO, *L’ordinamento giuridico italiano di fronte alla kafalah nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Gli Stranieri*, 2008, 347.
- 13) LONG, *Adozione extraconvenzionale di minori provenienti da paesi islamici*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2003, 152.
- 14) GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina dell’immigrazione*, in *Fam e Dir.*, 2008 675.
- 15) Trib. Minori Brescia 12 marzo 2010 in *Riv. Dir. Int. Privato e proc.*, 2010, 760
- 16) Rel. massimario n. 85 del 2010.
- 17) Rel massimario n. 115 del 2008.

INDICE GIURISPRUDENZA

- 1) Cass. 1155 del 2004 rv. 572497
- 2) Cass. 21395 del 2005 rv. 586068
- 3) Cass. 5376 del 2006 rv. 590891
- 4) Cass. 6079 del 2006 rv. 587794
- 5) Cass. 7472 del 2008 rv. 602591
- 5-bis) Cass. 18174 del 2008 rv. 604462
- 6) Cass. 1908 del 2010 rv. 611621
- 7) Cass. 4868 del 2010 rv. 612140
- 8) Cass. 3572 del 2011 rv. 616818
- 9) Cass. 19450 del 2011 rv. 619712