



2. RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE: LE FAMIGLIE ISLAMICHE IN ITALIA E LA KAFALA

Al fine di procedere ad un corretto approccio alla tematica in esame, è imprescindibile fare riferimento ai fondamenti culturali e religiosi che sono alla base delle forme di protezione rivolte all'infanzia nelle società islamiche. Come noto, l'Islam è una religione che regola tutti gli aspetti della vita del credente, compresi il matrimonio, la filiazione e la successione³⁴¹. Sebbene l'adozione legittimante (*tabanni*) fosse perfettamente conosciuta ed ammessa in epoca preislamica, questo istituto fu successivamente vietato. La *ratio* di tale divieto, attualmente persistente, risiede nella concezione islamica della famiglia come istituzione di origine divina, tale da non consentire all'uomo di determinare la cessazione dei legami di sangue e di costituire artificialmente rapporti di parentela non originati dalla procreazione biologica. I musulmani hanno comunque continuato a garantire protezione ai bambini abbandonati grazie alla *kafala* che prevede, infatti, che chiunque, per mezzo di una dichiarazione solenne da rendersi dinanzi ad un giudice o ad un notaio, può rendersi *kafil*, assumendo l'impegno di provvedere alle esigenze di vita di un *makfoul*, un minore abbandonato, fino al raggiungimento della maggiore età, con l'obbligo di accudirlo con le stesse modalità di un padre. In conseguenza a tale promessa, il *kafil* è personalmente obbliga-

³⁴¹ Le istituzioni giuridiche hanno, infatti, una valenza fortemente religiosa: si tratta di "obblighi giuridico-religiosi", in quanto realizzati nella cornice coranica. Ai cambiamenti in atto all'interno della famiglia musulmana è dedicata un'intera opera, di Fernea Warnock E. (a cura di) *Women and the Family in the Middle east. New Voices of Change* University of Texas Press, Austin, 1985.



to nei confronti del minore a provvedere alle sue esigenze ed alle sue necessità, ma non sorge alcun vincolo di filiazione, né vengono meno i rapporti giuridici eventualmente esistenti con la famiglia d'origine³⁴².

Si rileva che la CRC all'art. 20 riconosce espressamente la *kafala* quale misura di protezione dell'infanzia sostitutiva della famiglia³⁴³, accanto ad affidamento familiare, adozione, o in caso di necessità, istituti per l'infanzia.

Per quanto concerne il contesto italiano data la presenza di numerose famiglie islamiche si pone la questione di riconoscere gli effetti della *kafala* ai fini di attuare il **ricongiungimento familiare del *makfoul* al *kafil***³⁴⁴, cioè di bambini dati in *kafala* e rimasti nei Paesi islamici, da parte di cittadini stranieri residenti in Italia o divenuti cittadini italiani. Tale questione è stata affrontata in Italia più

volte in sede giurisdizionale³⁴⁵, trovando diverse risposte. Il tema del ricongiungimento familiare dei minori dati in *kafala* ai loro *kafil* stranieri residenti in Italia è di grande rilevanza per la sua portata attuale e futura. Perché il nostro Paese si trasformi da mera terra di immigrazione in terra di accoglienza e di interculturalità, occorre tener conto anche dei bambini orfani o comunque privi di una famiglia che tramite la *kafala* si sono legati ad una famiglia islamica.

Premesso che la residenza nel territorio italiano comporta la soggezione dello straniero alla legge italiana, si evidenzia la **giurisprudenza** che ha valutato la questione del riconoscimento della *kafala* e dei suoi effetti nell'ordinamento italiano. **L'Avvocatura di Stato**, con parere n. 7032 espresso il 19 gennaio 2006, ha ritenuto l'istituto in oggetto contrario all'ordine pubblico. Il parere affronta la questione del riconoscimento, ai fini del ricongiungimento familiare, del provvedimento di *kafala* in Italia, rispetto alle coppie straniere ivi residenti, rapportandola direttamente agli istituti dell'adozione, dell'affidamento familiare e della sottoposizione a tutela. Non essendo la *kafala* riconducibile a nessuna delle suddette tre fattispecie, conclude l'Avvocatura dello Stato, il suo riconoscimento sarebbe in grado di compromettere l'ordine pubblico. Tuttavia, **alcuni tribunali**, anche recentemente, hanno affermato che la *kafala* non può però essere paragonata *sic et simpliciter* ai concetti di adozione, affidamento o sottoposizione del minore a tutela, ma è necessaria una valutazione di più ampio respiro, di modo che istituti di diritto straniero, ancorché diversi da quelli nazionali, possano comunque venire in rilievo nel nostro Paese, purché produttivi di effetti sostanzialmente omologhi a quelli interni, come previsto dalle norme sul riconoscimento automatico dei provvedimenti di questo tipo e dalla giurisprudenza in materia di ricongiungimento familiare³⁴⁶. Del resto, è la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana³⁴⁷ che stabilisce la necessità di fare emergere dal tenore letterale della normativa i valori e le finalità cui essa s'ispira. È altresì da considerare che la verifica della sostanziale corrispondenza degli effetti della *kafala* agli istituti sopra considerati dovrebbe essere effettuata alla luce dell'ordinamento

³⁴² Va comunque rilevato che anche fra le legislazioni dei vari Stati in merito alla *kafala* ci sono alcune sostanziali differenze: in Algeria, ad esempio, ai sensi della Legge 84/1984, e successivi decreti (n. 92-24 del 13 gennaio 1992, n. 71-157 del 3 gennaio 1992 e n. 71-157 del 3 giugno 1973), il minore, se figlio di padre sconosciuto, può assumere il nome della famiglia *kafil* previa semplice domanda del suo tutore. In Marocco, la *kafala* è disciplinata dal *dahir* 10/9/1993 n. 1.93.165 – così come modificato da nuove normative del 2003 e 2004 – il quale prevede lo svolgimento di due inchieste, sull'idoneità del *kafil* e sullo stato di abbandono del *makfoul*. Ad esito positivo delle inchieste, il Governatore della Prefettura può acconsentire alla *kafala*, che viene resa esecutiva – verificato il rispetto dei requisiti di legge – dal Tribunale di prima istanza. In ultimo si segnala che in alcune zone, ad esempio nei territori soggetti all'Autonità Palestinese, non esistono forme di tutela dei minori orfani o in stato di abbandono e che gli stessi hanno, come unica possibilità di sopravvivenza, l'accoglienza negli orfanotrofi gestiti da religiosi.

³⁴³ L'art. 20 comma 3 CRC, con riferimento al diritto di protezione del fanciullo da parte degli Stati firmatari, stabilisce che «tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo di sistemazione in una famiglia, della *kafalah* di diritto islamico, dell'adozione o, in caso di necessità, del collocamento in un adeguato Istituto per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica».

³⁴⁴ La legge italiana sull'immigrazione già riconosce la rilevanza dei legami familiari fondati sull'affidamento e la tutela, parificando la posizione dei figli a quella dei minori affidati o in tutela, ai fini del ricongiungimento familiare (art. 29 comma 2 T.U. 286/1998).

Nel caso di cittadini italiani o comunitari il ricongiungimento è un diritto riconosciuto nei confronti di una più ampia cerchia di familiari che comprende, oltre al coniuge e ai figli, anche «ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 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» (art. 2 comma 1 lett. b Dlgs. 30/2007). Pertanto, attualmente, i cittadini di uno Stato Membro dell'Unione Europea o italiani (art. 28 T.U. 286/1998) possono ricongiungersi con i minori che rientrano in questa definizione ampia di familiare, dimostrando che sono a loro carico. Il riconoscimento del *makfoul* come familiare, in base a queste norme, sarebbe condizionato al fatto che la *kafala* sia sorta nello stato di origine, prima che il *kafil* si trasferisse in Italia o in altro stato dell'UE, come previsto dalla direttiva del Consiglio 2004/38 CE sullo status dei cittadini UE e dei familiari.

³⁴⁵ Ad esempio, il Tribunale di Firenze, con decreto del 9 novembre 2006, (in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza* n. 1/2007, pag. 169), ha assimilato la *kafala* ad un rapporto di parentela ai fini del ricongiungimento ordinando al Ministero degli Affari Esteri e al Consolato Generale d'Italia a Casablanca il rilascio del visto per il ricongiungimento familiare del minore; Corte d'Appello di Firenze, 2 febbraio 2007, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* n. 4/2007, pag. 139.

³⁴⁶ Art. 66 Legge 218/1995.

³⁴⁷ Corte Cost. n. 28 del 12 gennaio 1995; Corte Cost. n. 203 del 17 giugno 1997; Corte Cost. n. 376 del 12 luglio 2000.

Capitolo IV. Ambiente familiare e MISURE alternative

4° rapporto di aggiornamento 2007-2008



57

I DIRITTI DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA IN ITALIA

straniero, ex art. 15 Legge 218/1995³⁴⁸.

Come sopra evidenziato, l'istituto islamico della *kafala* deve essere considerato una peculiare misura di protezione del minore abbandonato, tale da fare sorgere in capo al bambino il diritto ad essere mantenuto, assistito, educato ed istruito: pertanto, essa «non è irrilevante per l'ordinamento italiano, che, lungi dal considerarla tamquam non esset, le accorda invece la capacità di produrre di per se stessa effetti giuridici»³⁴⁹. Data la qualificazione giuridica della *kafala* da parte dell'ordinamento di provenienza si rileva la possibilità di un automatico riconoscimento nell'ordinamento italiano grazie all'applicazione *erga omnes*, ex art. 42 Legge 218/1995, della Convenzione de L'Aja del 1961, che prevede che le misure di protezione dei minori sono adottate dalle autorità competenti dei singoli Stati secondo la propria legislazione interna, che ne disciplina le condizioni, la modifica e la cessazione³⁵⁰.

Il riconoscimento della *kafala* nell'ordinamento interno ai fi-

ni del ricongiungimento familiare comporterebbe la possibilità per i titolari del provvedimento di vivere insieme al loro *makfoul* sul territorio italiano e, quindi, di realizzare il diritto del bambino straniero abbandonato a vivere in una famiglia³⁵¹.

Il tema del ricongiungimento familiare dei minori stranieri ai loro *kafil* residenti in Italia è particolarmente delicato e sarebbe pertanto auspicabile un confronto giuridico sul tema.

Pertanto il Gruppo CRC raccomanda:

1. All'Osservatorio Nazionale Infanzia e al Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza di prevedere un momento di confronto sulla questione del ricongiungimento familiare in Italia del *makfoul* al *kafil*.

³⁴⁸ La Legge 218/1995 disciplina, infatti, il diritto internazionale privato del nostro ordinamento. Si rileva, peraltro, che, secondo il recente orientamento della Corte di Cassazione (Cass. Civ. n. 7472/2008): «Atteso, in definitiva, che - fuori dai casi (per cui restano margini di dubbio) in cui la *kafala* abbia base esclusivamente negoziale, in assenza di controllo alcuno della autorità sull'idoneità dell'affidatario e l'effettività delle esigenze dell'affidamento (quale invece previsto dallo Stato del Marocco) - tra la *kafala* 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 *kafala*, più dell'affidamento, vicina all'adozione, in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la *kafala* (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente fino alla maggiore età dell'affidato».

³⁴⁹ Sentenza Tribunale di Biella, 26 aprile 2007.

³⁵⁰ L'art. 65 Legge 218/1995 prevede, del resto, che i provvedimenti stranieri relativi all'esistenza di rapporti di famiglia, quando siano pronunciati dalle Autorità dello Stato la cui legge è richiamata o che producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da Autorità di altro stato, hanno effetto in Italia. Il limite al riconoscimento della fattispecie nell'ordinamento italiano è la non contrarietà all'ordine pubblico.

³⁵¹ «Può accadere che prima dell'ingresso in Italia il bambino sia affidato dall'autorità giudiziaria o amministrativa del suo Stato ad una famiglia con un provvedimento di affidamento o di *kafala*. Questo provvedimento dovrebbe essere riconosciuto automaticamente in Italia dagli organi della pubblica amministrazione (artt. 66 e 67 Legge 31 maggio 1995 n. 218 relativi al riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria) senza che il giudice minorile italiano sottoponga a una nuova valutazione la sussistenza dei requisiti; d'altronde sarebbe abnorme che - al di fuori di condizioni di incapacità degli affidatari che impongano successivi provvedimenti di urgenza di protezione - una pubblica autorità italiana possa considerare come inesistente e mettere nel nulla un provvedimento di affidamento che un altro Stato fa di un suo cittadino minore ad una famiglia dello stesso Stato. Ciò premesso si pone la questione se, poiché un bambino si trova comunque in Italia affidato a persone diverse dai suoi genitori, non si debba introdurre la previsione di qualche forma di vigilanza sociale o di verifica giudiziaria sullo svolgimento dell'affidamento». Intervento del Prof. Piercarlo Pazè, già Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Torino, al Seminario di Studio organizzato dalla Commissione parlamentare per l'infanzia Adozione, affidamento, accoglienza dei minori in strutture, soggiorni solidari e cooperative e internazionale, Pro poste a confronto 16 luglio - 8 ottobre 2007.