

LA KAFALAH: ASPETTI GIURIDICI E SOCIALI *

EMANUELA GERMANO CORTESE **

L'istituto della *kafalah* ha trovato ingresso nel nostro ordinamento attraverso l'elaborazione giurisprudenziale formatasi negli ultimi anni, in seguito alla previsione contenuta nella seconda parte del 2° comma dell'articolo 29 del Testo unico sull'immigrazione (decreto legislativo n. 286/1998) che, tra le persone con cui lo straniero può chiedere il ricongiungimento, indica i «*minori adottati o affidati o sottoposti a tutela*», equiparandoli ai figli.

Trattasi di un istituto giuridico che trova la sua base nel divieto di adozione che è presente in tutti gli ordinamenti di diritto islamico, ispirati all'insegnamento del Corano. Il Corano vieta espressamente l'adozione considerandola peccato: i vincoli di volontà divina (quali sono quelli familiari) non possono essere costruiti o modificati in maniera artificiale dall'uomo.

Lo scopo della *kafalah* è stato individuato dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (Cassazione civile, Sezione I, 2 febbraio 2015, n. 1843) nell'esigenza di fornire protezione e assistenza ai minori abbandonati, o che non sono in grado di ricevere dalle loro famiglie d'origine l'assistenza e la cura necessarie alla loro crescita, assicurando una tutela sostitutiva, che non viene tuttavia a creare un rapporto di filiazione e che per molti aspetti può avvicinarsi all'affidamento. L'istituto offre una protezione di carattere sociale che intende supplire al venir meno del ruolo svolto in precedenza dalla famiglia patriarcale, anche se il carattere intra-familiare caratterizza prevalentemente la *kafalah* negoziale.

L'accordo fra la famiglia di origine e quella di accoglienza avviene prevalentemente nel quadro della famiglia allargata e tende a responsabilizzare nei confronti dei minori le figure parentali che possono, per la loro posizione economica e per la disponibilità e capacità di fornire una cura ed educazione adeguata, contribuire

in modo positivo alla loro crescita supplendo alle insufficienze del contesto familiare.

A fronte di questo carattere di tutela sostitutiva e integrativa sta l'inidoneità della *kafalah* a recidere il legame del *makfoul* (il minore affidato) con i propri genitori, legame che durerà per tutta la vita e potrà riassumere la pienezza delle funzioni anche prima del compimento della maggiore età, nel caso in cui vengano meno le ragioni di inadeguatezza del nucleo familiare originario. Per esempio nel caso in cui esso riacquisti una condizione di autosufficienza economica. Al corretto funzionamento dell'istituto secondo le finalità descritte è deputato il controllo amministrativo e/o giudiziario che si esprime nell'omologazione dell'accordo, nel permanere del potere di vigilanza sullo svolgimento della relazione, nella necessità dell'autorizzazione all'espatrio nel caso in cui il *kafil* (il soggetto "affidatario") risieda o intenda risiedere all'estero insieme al *makfoul*, nella possibilità di revoca dell'omologa.

Il problema che si è posto all'esame dei giudici di merito, in un primo tempo, e poi dei giudici di legittimità, è stato quello del riconoscimento o meno, ai fini del ricongiungimento con i minori provenienti da paesi arabi, dell'istituto della *kafalah* (1).

(1) La Tunisia ha regolamentato l'istituto della *kafalah* con la legge n. 27 del 4 marzo 1958 (articoli 3-7). La normativa libica sulla *kafalah* è inclusa nella legge n. 10 del 1984 (articolo 60); ulteriori specificazioni sono contenute nella risoluzione n. 453 del 1985 (articoli 2-3); la risoluzione n. 454 del 1985, poi, ha creato una sorta di affido temporaneo (*Hosting Ordinance*); infine, con la legge n. 9 del 1993, il legislatore libico ha riformato l'articolo 60 ampliando e precisando i tre paragrafi della legge precedente. In Algeria l'istituto della *kafalah* è regolamentato nel Codice della famiglia (legge n. 11 del 9 giugno 1984, articoli 116-125). In Egitto la legge di tutela dell'infanzia (n. 12 del 1996) dedica una Sezione alla "tutela sostitutiva" (articoli 46-49; ma non ricorre il termine *kafalah*). Il compito della "famiglia sostitutiva" è quello di prendersi cura del minore che abbia compiuto due anni, quando la sua famiglia naturale non sia in grado di provvedervi. Il successivo Regolamento esecutivo (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, n. 3452 del 1997, articoli 83-109) ha specificato le regole e le condizioni per la definizione di "famiglia sostitutiva". In Marocco, la *Mudawwana* del 2004 esclude che un privato cittadino possa assumere iniziative circa la tutela dei minori (articolo 54). Cosicché le due istituzioni responsabili dei minori si identificano nella famiglia e nello Stato. Per questo il codice della famiglia stabilisce un quadro di obblighi dei genitori. La tutela dei minori abbandonati si basa, invece, sul sistema della *kafala*. Questo isti-

* L'articolo prende spunto dal volume "Lo straniero e il giudice civile", di E. Germano Cortese, G. Ratti, M. Veglio, S. Vitro', Utet Giuridica, Torino, 2014, che è frutto di una comune riflessione sul tema dell'immigrazione.

** Presidente di Sezione della Corte d'Appello di Torino.

La Corte d'Appello di Torino, dovendo affrontare il caso di una richiesta di ricongiungimento fondata sulla *kafalah*, ha così definito tale istituto: «Con il termine “*kafalah*” si individua l'istituto, in parte di origine consuetudinaria, in parte disciplinato dalla legge, secondo il quale un soggetto (*kafil*) assume, in sostituzione dei genitori, e non necessariamente per una loro assenza o inidoneità, l'obbligo di provvedere al mantenimento, educazione e protezione di un minore a lui affidato (*makfoul*), con attribuzione del solo esercizio delle potestà genitoriale, la cui titolarità spetta ad un organo pubblico (*wali*), che nel caso di trasferimento del fanciullo all'estero viene vicariato dall'autorità consolare competente del Regno del Marocco. Connotato indefettibile della *kafalah* è che tra *kafil* e *makfoul* non si instaura alcun legame di tipo parentale (se già non preesistente), né sorgono diritti o aspettative successorie o impedimenti matrimoniali, sicché il rapporto del minore con la sua famiglia d'origine non subisce cesure e gli effetti della *kafalah* stessa sono in ogni caso reversibili: ciò in quanto gli ordinamenti giuridici islamici non prevedono forme di adozione legittimante» (Corte d'Appello di Torino, decreto 28 febbraio 2008).

La *kafalah* è citata espressamente nella Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia 20 novembre 1989, dove all'articolo 20 viene riconosciuto che:

1) ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto a una protezione e ad aiuti speciali dello Stato;

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

3) tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo di sistemazione in una famiglia, della *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 neces-

tuto è stato regolamentato con la legge n. 1-93-165 del 10 settembre 1993. Successivamente, le disposizioni della legge del 1993 sono state abrogate e sostituite con il *Dahir* n. 1-02-172 del 13 giugno 2002, relativo alla promulgazione della legge n. 15-01.

sità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, culturale e linguistica” (2).

La giurisprudenza aveva tuttavia chiarito come, a differenza della *kafalah* disciplinata dal *Dahir Portant Loi* del 13 giugno 2002 del Regno del Marocco, prevista per la tutela dell'infanzia abbandonata («*prise en charge des enfants abandonnés*»), quella che deriva dal diritto consuetudinario e che opera su base volontaria senza alcun collegamento con lo stato di abbandono del minore e con le relative procedure di accertamento, assolve una funzione che non può essere sussunta all'interno dei titoli di ricongiungimento familiare previsti dall'articolo 29 del decreto legislativo n. 286/1998, che presuppongono un nucleo familiare preesistente, formatosi per esigenze di protezione del minore e indipendentemente dalle prospettive di migrazione all'estero (Corte d'Appello Torino, decreto 28 febbraio 2008) (3).

Ciò premesso, va rilevato come, dopo un primo periodo nel quale non vi era uniformità di decisioni circa il riconoscimento della *kafalah* ai fini del ricongiungimento familiare, già a partire dal 2008 la giurisprudenza si è orientata in senso positivo, ritenendo che l'istituto della *kafalah* di diritto islamico, quando venga disciplinato dalla legislazione nazionale (nella specie, marocchina) in modo tale da non avere base esclusivamente negoziale, costituisce valido presupposto per il ricongiungimento del minore straniero. Sulla base di una visione costituzionalmente orientata della norma contenuta nell'articolo 29, comma 2 del decreto legislativo n. 286/1998, l'istituto di diritto islamico della *kafalah* è da includere, insieme all'adozione e all'affidamento, tra i presupposti necessari per rendere praticabile il c.d. ricongiungimento familiare. Diversamente, una sua pregiudiziale esclusione penalizzerebbe tutti i minori dei paesi arabi, illegittimi, orfani o comunque in stato d'abbandono per i quali tale

(2) Così A. Bruni, Per saperne di più. La *kafalah*, in www.crescerefigliatruil.typepad.com

(3) V. anche Tribunale di Torino 9 marzo 2010, 14 maggio 2010 e 27 settembre 2010. Per un commento alla sentenza della Suprema Corte e un ampio panorama sulla *kafalah*, si veda E. De Feis, La *kafalah* islamica come strumento di tutela dei minori e presupposti del suo riconoscimento in Italia, *Famiglia e diritto* 5/2009, pagina 481.

istituto è l'unico strumento di protezione previsto dagli ordinamenti islamici; la *kafalah*, infatti, permette al minore, per il quale non sia possibile attribuire la custodia ed assistenza nell'ambito della propria famiglia legittima, di essere accolto da due coniugi od anche un singolo affidatario, che si impegnano a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, come se fosse un figlio proprio, fino alla maggiore età, senza però che l'affidato entri a far parte, giuridicamente, della famiglia che lo accoglie (Cassazione civile, Sezione I, 17 luglio 2008, n. 19734). *«Tale istituto, costituendo negli ordinamenti islamici l'unico strumento di protezione e tutela dei minori orfani, abbandonati o nati fuori da una famiglia legittima, presenta caratteri comuni con l'affidamento previsto dall'ordinamento nazionale, prevalenti su quelli divergenti, non avendo entrambi gli istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, né l'uno né l'altro, sullo stato civile del minore. Ne consegue, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 29, comma 2 del decreto legislativo n. 286 del 1998, che la kafalah può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare e costituirne un valido titolo»* (Cassazione civile, Sezione I, 28 gennaio 2010, n. 1908).

Secondo la Corte di Cassazione *«fuori dei casi, peraltro discutibili, in cui la kafalah abbia base esclusivamente negoziale in assenza di controllo alcuno dell'autorità competente, tra la kafalah islamica ed il modello dell'affidamento nazionale (italiano), prevalgono sulle divergenze i punti comuni; la kafalah, anzi, è più dell'affidamento (italiano) vicina all'adozione, in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la kafalah, anche se ne ammette la revoca, si prolunga tendenzialmente fino alla maggiore età del makful; ne deriva che la kafalah può fungere da presupposto del ricongiungimento familiare ai sensi e per gli effetti della normativa di cui al decreto legislativo n. 286 del 1998»* (Cassazione civile, Sezione I, 20 marzo 2008, n. 7472).

E' stato tuttavia chiarito che, se non sussiste un divieto a priori di utilizzo di tale istituto ai fini del ricongiungimento, va però indagato, in concreto, che lo stesso non costituisca un mezzo per violare le norme sull'adozione internazionale. Secondo il Tribunale di Torino, nei casi di

adozione e affidamento, l'equiparazione (prevista dall'articolo 29, comma 2° del decreto legislativo 286/1998) riposa sul presupposto che il minore sia membro del nucleo familiare del soggetto che domanda il ricongiungimento, poiché quest'ultimo è istituto previsto al fine di garantire l'unità, sul territorio italiano, di una famiglia già altrimenti costituita all'estero, e non al fine di estendere la composizione del nucleo con l'allargamento ad un nuovo componente. L'istituto del ricongiungimento familiare ex articolo 29 del decreto legislativo 286/1998 presuppone un nucleo familiare preesistente, formatosi per esigenze di protezione del minore e indipendentemente dalle prospettive di migrazione all'estero. In caso contrario, la *kafalah* e la successiva istanza di ricongiungimento possono mascherare una adozione attuata aggirando le disposizioni in tema di adozione internazionale (Tribunale di Torino, 9 marzo 2010).

Per quanto invece riguarda i minori cittadini dell'Unione europea, a differenza di quanto previsto dall'articolo 29, comma 2 del decreto legislativo 286/1998 (*«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 giurisprudenza aveva escluso che nella nozione di "familiare" ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 30/2007 potesse essere ricompreso il minore affidato in *kafalah*.

Il decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, denominato "Attuazione della direttiva 2004/38/Ce relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri" (pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 72 del 27 marzo 2007), disciplina (così come indicato all'articolo 1, intitolato "finalità"):

«a) le modalità d'esercizio del diritto di libera circolazione, ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato da parte dei cittadini dell'Unione europea e dei familiari di cui all'articolo 2 che accompagnano o raggiungono i medesimi cittadini;

«b) il diritto di soggiorno permanente nel territorio dello Stato dei cittadini dell'Unione europea e dei familiari di cui all'articolo 2 che

accompagnano o raggiungono i medesimi cittadini;

«c) le limitazioni ai diritti di cui alle lettere a) e b) per motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza.

La giurisprudenza della Suprema Corte, in applicazione di tale normativa, aveva così affermato che «il vincolo di protezione materiale ed affettiva derivante dalla *kafalah* non costituisce presupposto idoneo a giustificare l'ingresso in Italia di un minore straniero affidato ad un cittadino italiano in virtù del predetto istituto, non essendo applicabile né la disciplina di cui al decreto legislativo n. 30 del 2007, emanato in attuazione della direttiva 2004/38/Ce, riguardante l'ingresso, la circolazione ed il soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari (anche stranieri) nel territorio degli Stati membri, la quale include nella nozione di "familiare", oltre ai discendenti diretti del cittadino o del suo coniuge, soltanto i minori che fanno ingresso in Italia ai fini dell'adozione internazionale, né la disciplina del ricongiungimento familiare di cui all'articolo 29 decreto legislativo n. 286 del 1998, che, in quanto dettata a beneficio del cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante, non può essere interpretata estensivamente neppure ai sensi dell'articolo 28 comma 2 decreto legislativo n. 286 cit., il quale, nel consentire l'applicazione delle norme più favorevoli, si riferisce esclusivamente a quelle che disciplinano le modalità del ricongiungimento» (Cassazione civile, Sezione I, 1° marzo 2010, n. 4868). La Corte ha infatti ritenuto «che il decreto legislativo n. 286/1998, per la parte che regola il diritto all'unità familiare, è destinato ad operare solo per le domande di ricongiungimento familiare provenienti da cittadini extracomunitari e che il decreto legislativo n. 30/2007, attuativo della Direttiva 2004/38/Ce, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, regola anche l'ingresso del familiare straniero rispetto al cittadino italiano o comunitario. Deve essere tuttavia escluso che la nozione di "familiare" desumibile dal nuovo sistema normativo abbia a ricomprendere il minore affidato in *kafalah*, a differenza di quanto ritenuto, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 29, comma 2, decreto legislativo n. 286/1998,

per le domande proposte da cittadini extracomunitari. Nella specie, un cittadino italiano, di origine marocchina, aveva richiesto il ricongiungimento in Italia di un minore straniero residente in Marocco ed a lui affidato con il vincolo della *kafalah*».

In applicazione di tale principio è stata dichiarata inammissibile la domanda, proposta ai sensi degli articoli 66 e 67 della legge 31 maggio 1995 n. 218, di riconoscimento in Italia del provvedimento di affidamento in *kafalah* di un minore in stato d'abbandono, ad una coppia di coniugi italiana, emessa dal Tribunale di prima istanza di Casablanca (in Marocco), atteso che l'inserimento di un minore straniero, in stato d'abbandono, in una famiglia italiana, può avvenire esclusivamente in applicazione della disciplina dell'adozione internazionale regolata dalle procedure richiamate dagli articoli 29 e 36 della legge 4 maggio 1983 n. 184 (come modificata dalla legge 31 dicembre 1998 n. 476, di ratifica ed attuazione della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993), con la conseguenza che, in tale ipotesi, non possono essere applicate le norme generali di diritto internazionale privato relative al riconoscimento dei provvedimenti stranieri, ma devono essere applicate le disposizioni speciali in materia di adozione ai sensi dell'articolo 41, comma 2 della legge n. 218 del 1995 (Cassazione civile, Sezione I, 23 settembre 2011, n. 19450).

Tuttavia, secondo parte della dottrina, alla possibilità che il cittadino italiano ottenga il ricongiungimento con il minore extracomunitario affidato in *kafalah* si può arrivare attraverso l'interpretazione dell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 286/1998 – come modificato dall'articolo 37, comma 2, del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008 n. 133 («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») – dell'articolo 28, comma 2, del decreto legislativo 286/1998 («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 [normativa sui cittadini comunitari, da ultimo sostituita con il decreto legislativo 30/2007, n.d.r.], fatte

salve quelle più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione») e dell'articolo 23 del decreto legislativo 30/2007 («Le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana»).

La giurisprudenza più recente si era orientata in senso positivo circa l'applicabilità dell'articolo 29 del decreto legislativo 286/1998 anche in caso di cittadini italiani richiedenti il ricongiungimento con il minore sottoposto a *kafalah*.

Così, ad esempio, si era deciso che «*deve essere concesso il visto d'ingresso per ricongiungimento familiare nel caso di minore extracomunitario affidato in "kafalah" pubblica a cittadini italiani, per evitare una disparità di trattamento fra questi ultimi (per i quali il ricongiungimento, quali cittadini comunitari, è previsto solo se si tratti di minori adottati od adottandi) e cittadini extracomunitari (per i quali la "kafalah" è titolo valido per il ricongiungimento familiare)*» (Tribunale di Tivoli, 22 giugno 2010).

La Corte di Cassazione, Sezione VI, con ordinanza 24 gennaio 2012 n. 996 ha rimesso alla decisione delle Sezioni unite la questione relativa all'applicazione delle norme del Testo unico immigrati anche ai cittadini italiani, contenenti norme più favorevoli, per evitare quel fenomeno che è stato definito «discriminazione inversa». Si trattava dunque di decidere la seguente questione; se il minore è affidato (con *kafalah*) a stranieri, secondo le norme del Testo unico, ha diritto al ricongiungimento; se il minore è affidato (sempre con *kafalah*) a cittadini italiani, è escluso il ricongiungimento.

In data 16 settembre 2013 la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 21108 pronunciata a Sezioni unite, in tema di *kafalah*, ha stabilito il seguente principio di diritto: «*Non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse del minore cittadino extracomunitario, affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di kafalah pronunciato dal giudice straniero, nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano, ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito*». Tale principio è stato ribadito dalla senten-

za della Cassazione, Sezione VI civile, in data 18 marzo 2014, n. 6204.

Particolarmente importante sul tema della *kafalah* è altresì quanto affermato nella recente sentenza della Corte di Cassazione n. 1843 del 2015 (Cassazione civile, Sezione I, 2 febbraio 2015, n. 1843).

Il caso sottoposto all'esame della Corte riguardava un ricorso proposto dal Ministero degli affari esteri, che sosteneva la tesi dell'impossibilità di applicare a un cittadino italiano, ai fini di cui all'articolo 29 comma 5, un istituto di diritto islamico, in quanto ciò significherebbe attribuire al diritto islamico il rango di fonte di normazione primaria e di valore superiore al diritto nazionale che subordina l'ingresso del minore straniero alla procedura di adozione internazionale, normativa che potrebbe essere elusa, ricorrendo alla *kafalah*, da parte dei cittadini italiani di fede islamica e rimanere vincolante per gli altri di fede religiosa diversa, con conseguenze negative in punto di certezza del diritto e di rispetto del principio di uguaglianza.

La Corte ha confermato che il minore straniero, affidato a cittadino italiano con provvedimento di *kafalah*, può rientrare fra «gli altri familiari», di cui all'articolo 3, comma 2, lettera a), per i quali il cittadino italiano residente in Italia (o il cittadino dell'Unione europea soggiornante in Italia a titolo principale) può chiedere il ricongiungimento, se il minore è a suo carico ovvero se è convivente nel paese di provenienza o ancora se gravi motivi di salute ne impongano l'assistenza personale. Il diritto al ricongiungimento familiare trae fondamento nel riconoscimento del diritto fondamentale del minore all'unità familiare. Ciò rende impraticabile un'interpretazione normativa che discrimini i cittadini italiani da quelli extra-europei e tanto più una tale interpretazione appare illogica se comporta un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani.

La Corte ha rilevato l'aspetto discriminatorio che verrebbe a crearsi nei riguardi di un cittadino marocchino, venuto a risiedere in Italia e che ha acquisito la cittadinanza italiana, in ragione della durata della sua permanenza nel territorio nazionale e del suo inserimento nella società italiana, qualora gli sia precluso tale diritto come effetto della acquisizione della cittadinanza.