



diritto & religioni

Semestrale
Anno X - n. 1-2015
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

19



LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno X - n. 1-2015
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli (†), R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali

Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,
A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli (†)
G.J. Kaczyński, M. Pascali
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale
e comunitaria

Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali
S. Testa Bappenheim
V. Maiello
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

Religione e cultura nell'adozione internazionale*

MARIA LUISA LO GIACCO

1. Cos'è l'adozione. I principi contenuti nella normativa internazionale

L'adozione è l'istituto giuridico che consente a un bambino o una bambina che non ha genitori, o i cui genitori non possono o non vogliono occuparsi di lui/lei, di trovare una famiglia. Come scrive Alberto Trabucchi, la famiglia è un "ideale nido per la cura e la crescita dei nuovi nati"¹, e l'adozione, istituto *ad instar familiae*, è "un mezzo per rispondere all'esigenza del figlio abbandonato di trovare il luogo dove collocare le proprie radici per crescere"². Non è perciò un mezzo per procurare assistenza ai bambini, né tantomeno per fare beneficenza. Nelle società europee e occidentali le condizioni sociali ed economiche sono tali per cui sempre meno i bambini rimangono senza la propria famiglia di origine. Anche le gravidanze indesiderate, che in passato erano all'origine di moltissimi abbandoni, sono ormai poco numerose, poiché la legge consente di "risolvere il problema" utilizzando dei rimedi medici o farmacologici.

In Italia, così come negli altri paesi dell'Europa occidentale, non esistono più i vecchi grandi orfanotrofi che ancora negli Anni '60 dello scorso secolo ospitavano migliaia di piccoli. Per i minori in difficoltà la legge ha previsto delle strutture piccole, di tipo familiare, nelle quali i bambini vengono ospitati in attesa che la famiglia di origine possa tornare a occuparsi di loro, o che vengano affidati a un'altra famiglia³. Il legislatore italiano si preoccupa infat-

* Lezione tenuta presso la Facoltà di Diritto dell'Università di Valencia il 28 novembre 2014, nell'ambito del Seminario di Studi "Las creencias religiosas del menor: líneas rojas".

¹ ALBERTO TRABUCCHI, *Adozione. I) In generale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Agg. X, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2002, p. 1.

² ALBERTO TRABUCCHI, *Adozione. I) In generale*, cit., p. 2.

³ La disciplina dell'adozione è stata oggetto in Italia di più interventi legislativi. La prima riforma

ti di sostenere i genitori nell'assolvimento dei loro compiti, con interventi a sostegno dei nuclei familiari deboli, affinché per quanto possibile, i piccoli possano crescere nella propria famiglia di origine⁴.

Nel mondo però i bambini abbandonati e gli orfani aumentano, soprattutto in quello che una volta veniva chiamato il "terzo mondo". Si calcola che ci siano circa 150 milioni di orfani di almeno un genitore, tra i quali circa 18 milioni sono orfani di entrambi i genitori⁵; la maggior parte di questi bambini vive in Africa e Asia, e sono rimasti soli a causa di malattie come l'AIDS, o dell'alta mortalità materna al parto, o ancora a causa di guerre, o abbandonati per povertà. Un rapporto dell'Unicef del settembre 2009 calcolava che più di due milioni di bambini in tutto il mondo vivevano fuori dalla famiglia, affidati alle cure dello Stato, in istituti pubblici. Di questi più di ottocentomila erano bambini dell'Europa centrale e orientale⁶. Il dato si spiega evidentemente con la capillare organizzazione pubblica dei Paesi dell'Europa orientale, mentre nei Paesi africani, asiatici e dell'America del sud i bambini senza famiglia sono ospitati in piccole strutture private o gestite da associazioni e ONG ed è purtroppo maggiormente diffuso il triste fenomeno dei bambini di strada.

L'adozione internazionale è una piccola, piccolissima risposta a questo enorme dramma, permette a una parte dei troppi bambini del mondo rimasti soli di trovare una famiglia, e a famiglie che desiderano un figlio di accoglierne uno⁷. In un volume pubblicato nel 2009 con il titolo "*Child Adoption: Trends and Policies*", ed elaborato dal "Dipartimento degli Affari Eco-

importante si è avuta con la legge n. 184 del 1983, il cui art. 1, secondo il Trabucchi, è una norma da "riportare nella sfera più alta dei diritti umani". In base a tale articolo, infatti, "non basta che al minore sia comunque assicurata un'assistenza efficiente e magari anche calorosa: a ciascuno si deve riconoscere una situazione di tipo familiare. E quando tale situazione il minore non trova nel mondo naturale della sua nascita, lo stesso ordinamento glielo dovrà costruire sempre nell'ambito di una struttura di tipo familiare": ALBERTO TRABUCCHI, *Adozione. I) In generale*, cit., p. 4. La disciplina dell'adozione è stata poi modificata dalla legge n. 476 del 31 dicembre 1998 e dal D.L. n. 150 del 24 aprile 2001.

⁴ È questo il tenore degli art. 30 e 31 della Costituzione italiana. Cfr. sul punto PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Aggiornamento*, I, A-E, UTET, Torino, 2003, p. 40-41.

⁵ Dati reperiti sul sito www.worldorphans.org/get-involved/resources/statistics/ che rinvia alle statistiche del Governo degli Stati Uniti (consultato il 14 maggio 2015).

⁶ *Progress for Children. A Report Card on Child Protection*, n. 8, sept. 2009, p. 19, in www.unicef.org (consultato il 14 maggio 2015).

⁷ ADRIANA BEGHÉ LORETI, *Adozione internazionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 43, facendo riferimento alla situazione italiana individua tra i motivi che hanno portato alla crescita delle adozioni internazionali anche "l'apertura delle frontiere e la rimozione di antichi pregiudizi razziali".

nomici e Sociali, Divisione Popolazione” del Segretariato dell’ONU, si legge che ogni anno si realizzano circa 260.000 adozioni, una cifra decisamente esigua che fa considerare l’adozione come un evento piuttosto raro rispetto ai numeri, che sopra ricordavo, relativi all’infanzia abbandonata nel mondo; se poi si considera che, di queste 260.000 adozioni, circa l’85% è costituito da adozioni nazionali, l’adozione internazionale appare davvero come un fenomeno molto ridotto rispetto al bisogno di famiglia dei bambini⁸.

Con l’adozione internazionale si realizza l’incontro tra mondi diversi e lontani, tra culture, etnie, religioni diverse. A livello internazionale la disciplina dell’adozione è contenuta nella Convenzione dell’Aja del 29 maggio 1993⁹. La Convenzione traccia le linee procedurali alle quali i singoli Stati devono adeguarsi affinché le adozioni internazionali si realizzino in maniera eticamente corretta, “nell’interesse superiore del minore e nel rispetto dei suoi diritti fondamentali”. Tra questi diritti fondamentali rientra senz’altro quello alla tutela della propria identità culturale e religiosa.

La questione potrebbe apparire marginale – in effetti, nella concretezza della realtà talvolta lo è – se consideriamo le situazioni di vita dalle quali i bambini spesso provengono. A tal proposito, dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che la libertà religiosa, pur essendo un diritto fondamentale, debba cedere il passo nel bilanciamento con altri diritti fondamentali, quali quello alla vita, alla salute, alla sicurezza personale. Calando questi principi nell’argomento di cui ci stiamo occupando, potremmo dire che la libertà religiosa debba cedere di fronte alla necessità che un bambino cresca in un ambiente familiare, sia sottratto all’anonimato di un orfanotrofio, gli venga garantito il diritto alla salute e all’istruzione. Come scrive Paolo Morozzo della Rocca, con riferimento al diritto dei minori alla tutela della propria identità culturale, stabilito nella Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia del 20 novembre 1989, “il tenore astratto di queste disposizioni va, per così dire, impastato con le dinamiche del meticcio familiare e sociale conseguente alle procedure di adozione, soprattutto quella internazionale, tenendo presente che la tutela dei tratti identitari del minore costituisce co-

⁸ ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (ed.), *Child Adoption: Trends and Policies*, United Nations, New York, 2009, p. XV-XVI. È possibile scaricare il volume al seguente link: <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/policy/guidelines-adoption.shtml>.

⁹ Sulla Convenzione dell’Aja cfr. ALESSANDRA BISIO - IVANA ROAGNA, *L’adozione internazionale di minori. Normativa interna e giurisprudenza europea*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 77-92; PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Adozione*, cit., pp. 49-50; RUGGIERO CAFARI PANICO, *Adozione. IV) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Agg. X, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 2002, pp. 2-5; ADRIANA BEGHÉ LORETI, *Adozione internazionale*, cit., pp. 54-55.

munque un «valore secondo» rispetto alla protezione, in concreto, del suo superiore interesse e, quindi, del suo benessere”¹⁰.

Ciò non toglie che, una volta garantiti i diritti primari alla vita, salute, istruzione, anche la tutela della identità culturale e religiosa dei bambini debba essere rispettata. Infatti, all’art. 16 della Convenzione dell’Aja è stabilito che l’autorità preposta alle adozioni del Paese di origine del bambino, quando ritiene che egli possa essere adottato, debba anche “tenere in debito conto le condizioni di educazione del minore, la sua origine etnica, religiosa e culturale” (art. 16, lett. B).

In alcuni Paesi già negli anni ’70 del secolo scorso si è discusso circa la necessità o meno di preservare l’identità etnica e religiosa dei bambini, limitando la possibilità della loro adozione a famiglie che appartenessero alla stessa etnia o religione. È il caso dell’ *Indian Child Welfare Act* (ICWA) promulgato negli Stati Uniti nel 1978, che disciplinava l’adozione dei bambini di origine Nativa Americana dell’Alaska e che, per evitare l’impoverimento di quella comunità, stabiliva che fossero collocati per quanto possibile presso famiglie appartenenti alla medesima minoranza etnica piuttosto che dati in adozione a famiglie di origine caucasica. A tale legge ha fatto seguito però nel 1994 il *Multi-ethnic Placement Act* (MEPA), che ha in parte mitigato gli effetti dell’ICWA, stabilendo che in ogni caso lo Stato non possa ritardare o negare un’adozione basandosi esclusivamente sulla razza, etnia o origine nazionale degli aspiranti genitori, adottivi o affidatari. In Australia e in Nuova Zelanda si è arrivati a considerare come una forma di “genocidio culturale” l’adozione di bambini di origine aborigena da parte di famiglie appartenenti ad altra etnia; una discussione simile si è avuta in Svizzera in relazione all’adozione di bambini di origine rom da parte di famiglie non rom¹¹.

Altre leggi fanno invece riferimento esplicito alla religione, dei bambini e delle famiglie. Alcuni Stati a maggioranza islamica disciplinano l’adozione di bambini non musulmani da parte di famiglie anch’esse non musulmane, vietando invece l’adozione ai propri cittadini musulmani, in ottemperanza ai principi coranici¹². Le leggi di altri Paesi tendono a preservare l’appartenenza religiosa dei bambini stabilendo che possano essere adottati solo da famiglie appartenenti alla loro stessa religione. È il caso della legge israeliana

¹⁰ PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità genitoriale e libertà religiosa*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, p. 1724.

¹¹ In ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (ed.), *Child Adoption: Trends and Policies*, cit., pp. 19-20.

¹² È il caso del Brunei, del Sudan e della Tanzania. Cfr. ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (ed.), *Child Adoption: Trends and Policies*, cit., p. 27. La legge sudanese afferma che i bambini cristiani possono essere adottati, mentre quelli musulmani possono essere affidati a una famiglia musulmana attraverso l’istituto della kafalah. Una distinzione simile si trova nella legislazione libanese: *Id.*, p. 45.

del 1981 *Adoption of Children Law*¹³; infatti, in base all'art. 5 di questa legge, l'adottante deve appartenere alla stessa religione dell'adottato. Secondo Michael M. Karayanni tale disposizione, che si rifà alla tradizione ottomana del *millet*, in base alla quale la legge che disciplinava i rapporti familiari doveva essere quella personale, in questo caso religiosa, è diretta a tutelare il "miglior interesse" del gruppo, piuttosto che il "miglior interesse" del bambino, che dovrebbe essere invece la regola aurea dei provvedimenti in materia di adozione. Inoltre, in questo modo viene violato il principio costituzionale di libertà religiosa dei genitori, che si vedono valutati positivamente o meno rispetto all'adozione di un bambino esclusivamente sulla base della loro appartenenza religiosa¹⁴.

In India due diversi interventi legislativi hanno disciplinato l'adozione, distinguendo in base alla religione delle famiglie adottanti; l'*Hindu Adoption and Maintenance Act* del 1956 si applicava alle adozioni da parte di famiglie hindu, jainiste, sikh e buddiste, mentre una legge precedente, l'*Indian Guardians and Wards Act* del 1890 permetteva alle famiglie cristiane, musulmane, ebrei e zoroastriane di prendere in custodia un bambino¹⁵. Queste leggi sembrano però essere state superate dalle *Guidelines Governing Adoption of Children* del 2011, che disciplinano la materia dell'adozione nazionale e internazionale, uniformandosi alla Convenzione dell'Aja e che fanno un unico riferimento alla religione del bambino all'art. 8.2, laddove si legge che "*due consideration should be given to the child's upbringing and to his or her ethnic, religious, cultural and linguistic background while placing him or her in adoption but, a child can be placed with any Indian Prospective Adopting*

¹³ Cfr. ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (ed.), *Child Adoption: Trends and Policies*, cit., p. 28.

¹⁴ MICHAEL MOUSA KARAYANNI, *In the Best Interests of the Group: Religious Matching under Israeli Adoption Law*, in *Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law*, 2010, 3:1, pp. 102-103, reperibile anche al link http://law.huji.ac.il/upload/Karayanni_In_the_Best_Interests.pdf. Come ricorda l'Autore, il dibattito sull'opportunità di promulgare una legge sull'adozione, e sulla necessità di prevedere che solo una famiglia ebraica potesse adottare un bambino ebreo, si sviluppò nel decennio successivo alla Seconda Guerra Mondiale e all'Olocausto, periodo durante il quale in Europa alcuni bambini ebrei rimasti orfani furono accolti, e in alcuni casi adottati, da famiglie non ebrei. Qualche anno dopo la fine della guerra, le autorità israeliane chiesero che questi bambini venissero "restituiti" al popolo di Israele, ovviamente senza successo (pp. 121-124). In tal modo, scrive sempre Karayanni, "l'adozione di un bambino ebreo da parte di genitori non ebrei venne associato al trauma dell'Olocausto e delle persecuzioni contro gli ebrei, durante le quali gli ebrei furono costretti a dare i propri figli ad adottanti non ebrei affinché si salvassero, scoprendo in qualche caso, in seguito, che erano stati fatti convertire al cristianesimo" (p. 126).

¹⁵ Cfr. ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (ed.), *Child Adoption: Trends and Policies*, cit., p. 42. Sulla legge indiana del 1956 cfr. inoltre ANGELO DAVÌ, *Adozione. V) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica*, Agg. X, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2002, p. 8.

*Parents within the country without any geographical barrier*¹⁶.

Il riferimento all'origine etnica, religiosa e culturale deve infatti essere letto alla luce della già citata Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989. Premetto un avvertimento: come spesso accade in questi atti internazionali, la Convenzione descrive un mondo ideale, molto diverso da quello nel quale i bambini e le bambine di tante regioni del mondo reale sono costretti a vivere. Questo significa che i diritti indicati dalla Convenzione, il cui testo è scritto rivolgendosi direttamente ai piccoli destinatari, sono quelli a cui dobbiamo tendere, proprio per garantire a tutti i bambini del mondo una vita dignitosa e felice. L'art. 2, mira a proteggere l'infanzia da ogni discriminazione: "nessuno può trattarti diversamente dagli altri per il colore della pelle, nazionalità, sesso, religione, lingua o perché sei disabile, ricco/a o povero/a". Come vedremo, il principio di non discriminazione ha una sua influenza anche nel procedimento di adozione.

L'art. 18 della Convenzione ONU stabilisce il diritto a essere cresciuti ed educati dai propri genitori, mentre il successivo art. 20 si preoccupa che sia garantita una "protezione e assistenza speciali" ai bambini che "non possono vivere" con i propri genitori. L'art. 21 riguarda l'adozione: "la decisione di una tua adozione deve essere presa nel tuo superiore interesse". L'art. 8 riconosce il diritto dei bambini ad avere una propria identità e, tra i caratteri che contribuiscono a formare l'identità personale, l'art. 14 indica espressamente il diritto ad avere le proprie idee e a professare la religione preferita "sotto la guida dei genitori".

Questi sono i principi ai quali dovrebbero uniformarsi le legislazioni nazionali in materia di adozione internazionale.

2. *I numeri dell'adozione internazionale. La disciplina spagnola e italiana*

Prima di entrare nel dettaglio della normativa è forse opportuna una panoramica sui numeri delle adozioni. Nel mondo gli Stati Uniti sono il Paese nel quale maggiori sono le adozioni internazionali ogni anno. Secondo i dati reperibili sul sito della Commissione per le Adozioni Internazionali italiana, nel 2013 negli USA sono stati adottati 7.094 bambini. Non è storicamente il numero più alto; nel 2004 entrarono negli Stati Uniti 22.884 bambini con adozione internazionale: una diminuzione di 15.790 bambini in appena dieci anni. Il calo è riscontrabile a livello mondiale, tanto che coloro che si

¹⁶ La nuova legge sulle adozioni è consultabile sul sito della Commissione Centrale Indiana: http://www.adoptionindia.nic.in/guideline-family/new_guideline.html.

occupano di questi temi parlano di una “crisi” delle adozioni internazionali.

In Italia, il numero più alto di adozioni si è realizzato nel 2010, con 4.130 bambini, mentre nel 2013 ne sono stati adottati all'estero 2.825. Stessa tendenza alla diminuzione del numero delle adozioni si verifica in Spagna, dove siamo passati dalle 4.472 adozioni internazionali del 2006 alle 1.669 del 2012¹⁷. Non è questo il luogo per indagare i motivi di questa diminuzione, che non è certo dovuta alla diminuzione del numero dei bambini soli (che anzi aumenta ogni anno), ma che invece è attribuibile a una serie di altri fattori: maggiore possibilità di ricorso e maggiore efficacia delle tecniche riproduttive, crisi economica, difficoltà e chiusure dei paesi di provenienza dei bambini sono alcuni di questi motivi.

In Spagna la normativa che disciplina l'adozione internazionale è stata recentemente modificata. È stata emanata il 28 dicembre 2007 la legge n. 54¹⁸. Nel Preambolo di questa legge, dopo aver spiegato i motivi che hanno portato il legislatore a intervenire nella materia dell'adozione, nella parte II si indicano tra gli obiettivi della riforma il desiderio di prevenire la discriminazione dei bambini per motivi di “nascita, nazionalità, etnia, sesso, handicap o malattia, religione, lingua, cultura, opinione o per qualsiasi altra circostanza personale, familiare o sociale”.

Da sottolineare è l'art. 4.1, lett. A) che stabilisce un principio a mio parere importante, ovvero quello secondo il quale non possono essere adottati bambini che provengano da paesi nei quali è in corso un conflitto armato o si sia appena verificato un disastro naturale. Infatti, in entrambe queste ipotesi, la situazione di emergenza in cui versa il paese di origine non consente di verificare l'effettivo stato di abbandono del minore. Si vuole così evitare che il caos generato da tali situazioni alimenti il traffico di bambini, dati in adozione come “orfani di guerra” mentre in realtà hanno famiglie o addirittura genitori che non hanno mai rinunciato a prendersi cura di loro¹⁹. Il testo

¹⁷ I dati sul numero delle adozioni sono tratti da PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, COMMISSIONE PER LE ADOZIONI INTERNAZIONALI, *Dati e prospettive nelle adozioni internazionali. Rapporto sui fascicoli dal 1° gennaio al 31 dicembre 2013*, pp. 93-95, consultabile sul sito http://www.commissioneadozioni.it/media/143019/report_statistico_2013.pdf. I dati relativi all'anno 2014 non sono stati ancora pubblicati.

¹⁸ Il testo della legge è reperibile sul sito <http://www.boe.es/boe/dias/2007/12/29/pdfs/A53676-53686.pdf>. Per un commento cfr. ESTHER GÓMEZ CAMPELO, *La Ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate*, Reus, Madrid, 2009. Cfr. inoltre ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol.2, n. 1, pp. 73-139 e l'ampia bibliografia sulla legge spagnola ivi citata. (Anche online al seguente link <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/97/95>).

¹⁹ Nel commentare questa norma, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ,

della legge non contiene altri riferimenti alla tutela dell'identità culturale e religiosa del bambino, ma poiché rinvia espressamente alla Convenzione dell'Aja, rimane il richiamo all'art. 16, lett. B.

In Italia, l'adozione è disciplinata dalla legge n. 184 del 4 maggio del 1983, modificata, in seguito alla ratifica della Convenzione dell'Aja, dalla legge n. 476 del 31 dicembre 1998, che riguarda in maniera specifica l'adozione internazionale, e successivamente dal D.L. n. 150 del 24 aprile 2001²⁰.

L'art. 1.1 stabilisce in primo luogo il diritto di ogni bambino a crescere nella propria famiglia di origine, e all'art. 1.4 si afferma che solo quando la famiglia "non è in grado di provvedere alla crescita e all'educazione del minore" può intervenire l'istituto dell'adozione. Molto interessante è il successivo art. 1.5 dove si legge: "Il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia è assicurato senza distinzione di sesso, di etnia, di età, di lingua, di religione e nel rispetto della identità culturale del minore e comunque non in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento". Ciò significa che qualsiasi provvedimento che riguardi l'adozione o l'affido di un bambino, debba essere preso applicando il principio di non discriminazione²¹.

Una premessa: per poter adottare un bambino, sia la legge spagnola, sia quella italiana prevedono che la famiglia venga sottoposta a un controllo da parte delle autorità competenti, al termine del quale la coppia viene dichiarata "idonea" all'adozione. Il controllo riguarda sia aspetti di natura medica e psicologica, sia le condizioni sociali ed economiche. In Italia, la prima parte di questa attività di verifica è compiuta da medici, psicologi e soprattutto dagli assistenti sociali del servizio pubblico²². La decisione finale sulla

cit., pp. 81-83 ricordano il caso di una ONG francese, "L'arca di Noè" che in Chad fu coinvolta in un traffico di bambini tra il settembre 2007 e il gennaio 2008.

²⁰ Cfr. PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *La riforma dell'adozione internazionale. Commento alla Legge 31 dicembre 1998, n. 476*, UTET, Torino, 1999; ID., *Adozione*, cit. pp. 39-56

²¹ In generale, sul principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea cfr. da ultimo MARCO VENTURA, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, in *Il diritto ecclesiastico*, 2010, n. 3-4, pp. 487-496. In particolare, per quanto riguarda il principio di non discriminazione nelle procedure di adozione, la giurisprudenza europea si è occupata esclusivamente di casi che riguardavano la presunta discriminazione degli aspiranti genitori adottivi per motivo di cittadinanza, stato civile, inclinazioni sessuali; cfr. ALESSANDRA BISIO - IVANA ROAGNA, *L'adozione internazionale di minori*, cit., pp. 243-269.

²² Il ruolo che hanno gli assistenti sociali nell'esame delle coppie e delle famiglie per stabilirne la capacità di accogliere un bambino in adozione internazionale, e una volta conclusa l'adozione, nell'accompagnamento della famiglia che si è formata conferma la necessità che essi siano preparati ad affrontare le problematiche connesse al pluralismo, anche religioso, e l'opportunità che nei loro percorsi formativi siano presenti gli insegnamenti del settore disciplinare IUS/11. Cfr. MONICA RAITERI, *L'insegnamento del diritto ecclesiastico nei corsi di servizio sociale: un ponte tra culture e*

idoneità o meno della coppia ad adottare è affidata invece ai Tribunali per i Minorenni: dopo aver esaminato la documentazione e aver incontrato la coppia, un giudice emette un decreto di idoneità. In questo decreto sono indicati alcuni requisiti e la disponibilità all'accoglienza: per esempio il numero di bambini che la coppia è in grado di accogliere, la fascia di età (che è determinata dall'età dei futuri genitori), l'eventuale disponibilità ad accogliere bambini con handicap o patologie gravi. Questi decreti, però, per non violare il principio di non discriminazione, non dovrebbero invece stabilire limiti all'accoglienza di bambini di determinate etnie, di colore, di sesso o appartenenti a determinate religioni. Inoltre, un eventuale atteggiamento discriminatorio della coppia dovrebbe essere motivo di diniego della idoneità ad adottare. È quanto ha stabilito la Corte di Cassazione italiana (VI Sez. Civile) con l'ordinanza n. 29424 del 28 dicembre 2011²³, che ha rigettato il ricorso di una coppia avverso il decreto del Tribunale per i Minorenni che aveva negato loro l'idoneità all'adozione internazionale. Nel verbale relativo al loro incontro con il giudice minorile i due coniugi, si legge che nel descrivere le caratteristiche che avrebbe dovuto possedere il bambino, avevano detto: "no a bambino di religione diversa da quella cattolica, no a bambini figli di pazienti psichiatrici, no a un bambino di origine rom per le difficoltà di carattere che renderebbero difficile imporsi e assumere posizioni diverse", e avevano espresso "perplexità rispetto a un bambino di colore". I coniugi avevano fatto ricorso in Corte d'Appello contro il decreto del Tribunale per i Minorenni, ma la Corte d'Appello aveva confermato la decisione del giudice minorile, ritenendo che le preclusioni manifestate dalla coppia "denotassero un atteggiamento spaventato e difensivo dei coniugi di fronte a incognite che nella adozione sono possibili se non altamente probabili e che invece non possono sussistere, affinché possa esservi quella accettazione totale e senza riserve che è il presupposto necessario di un buon incontro adottivo".

Per quanto riguarda dunque il rispetto dell'identità religiosa e culturale dei bambini, possiamo concludere che la legge vieta che durante il procedimento di adozione si discriminino i bambini in base alla loro appartenenza religiosa.

Implicitamente un obbligo di rispetto dell'identità religiosa dei bambini

ordinamenti normativi, in *Il diritto ecclesiastico*, 2011, n. 3-4, pp. 649-670. Sul ruolo svolto dai consultori familiari nelle procedure di adozione internazionale cfr. MARIA LUISA LO GIACCO, *Le strutture di sostegno alla famiglia: i consultori familiari*, in ID. (a cura di), *La famiglia e i suoi soggetti. Temi giuridici*, Cacucci, Bari, 2008, pp. 23-24.

²³ Il testo dell'Ordinanza è pubblicato anche sul sito <http://www.asgi.it/wp-content/uploads/public/corte.di.cassazione.sez.vi.civ.sentenza.n.29424.dep.il.28.12.2011.pdf>.

è inoltre contenuto nella parte della legge italiana che disciplina l'affidamento (che si distingue dall'adozione poiché non vengono recisi i legami del bambino con la famiglia di origine e ha natura temporanea), poiché in base all'art. 5.1 l'affidatario deve provvedere all'istruzione ed educazione del bambino affidatogli "tenendo conto delle indicazioni dei genitori". Facciamo l'esempio di un bambino proveniente da una famiglia di differente fede religiosa rispetto a quella affidataria: quest'ultima non potrà interferire nell'educazione religiosa del minore, se i genitori desiderano che egli continui a professare la loro fede.

Nessun riferimento alla fede religiosa dei bambini è invece presente nelle norme che disciplinano direttamente l'adozione internazionale, mentre l'art. 39-ter, che riguarda l'attività degli enti ai quali le coppie devono per legge affidarsi per lo svolgimento delle pratiche di adozione internazionale, stabilisce che tali enti non debbano né avere, né operare "pregiudiziali discriminazioni nei confronti delle persone che aspirano all'adozione, ivi comprese le discriminazioni di tipo ideologico e religioso"²⁴.

L'esame, sia pure sommario, della normativa in materia di adozione internazionale ci consente di operare una prima conclusione: l'adozione deve avvenire solo ed esclusivamente nell'interesse superiore del minore a crescere in una famiglia, e non può avvenire con intenti discriminatori riguardo alla religione.

3. *Educazione dei figli (adottivi e no) e libertà religiosa*

Ma come viene tutelata l'identità religiosa dei bambini una volta adottati, cioè diventati figli di una coppia, italiana, o spagnola?

A questa domanda si può rispondere in maniera molto semplice: non c'è alcuna differenza sostanziale tra un figlio legittimo e un figlio adottivo, gli stessi doveri di educazione gravano su i genitori, biologici o adottivi che siano, "nel rispetto delle capacità delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni dei figli" (art. 147 del codice civile italiano). Ai figli si applicano cioè gli stessi principi in materia di educazione e libertà religiosa che troviamo affermati nella legislazione e nella giurisprudenza nazionale e comunitaria, siano essi

²⁴ Sugli enti che per legge curano in Italia le procedure di adozione internazionale cfr. MATTEO MARCHINI, *Natura e disciplina degli enti autorizzati alle adozioni internazionali*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2009, pp. 431-449; PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli enti autorizzati quali associazioni di diritto privato esercenti pubbliche funzioni: regole, poteri e responsabilità*, in Id. (a cura di), *Le nuove regole delle adozioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, pp. 131-147.

figli adottivi o biologici²⁵. Ai genitori spetta non solo il diritto di educare i figli, ma anche il dovere di provvedere al mantenimento e all'educazione dei figli rispettandone le inclinazioni, garantendo "tutti gli strumenti necessari per la loro crescita materiale e spirituale"²⁶.

Questo principio va però calato, come ogni principio, nella realtà giuridica. Nel caso dell'adozione internazionale, infatti, le famiglie accolgono, come abbiamo detto, un bambino che viene spesso da un altro continente, che fino al momento dell'ingresso in famiglia ha vissuto in una realtà culturale profondamente diversa, che ha una sua personalità, gusti, abitudini, e talvolta appartiene a una tradizione religiosa differente da quella della famiglia nella quale è accolto²⁷. "L'adozione di un bambino che viene da lontano" produce nella famiglia che lo accoglie "un cambiamento profondo". La famiglia si ricostruisce attorno a questa "diversità"²⁸.

Gli enti che conducono le procedure di adozione preparano le famiglie all'incontro con il bambino e con l'ambiente dal quale proviene. A questo proposito è importante che la Convenzione dell'Aja abbia introdotto il principio secondo il quale l'incontro tra il bambino e i genitori debba avvenire nel paese di origine del piccolo, mentre in passato poteva accadere che le famiglie attendessero all'aeroporto bambini accompagnati in Europa dal personale dell'orfanotrofio o dalle suore. Ovviamente la necessità di conservare la tradizione religiosa del bambino dipenderà da diversi fattori, il primo dei quali è l'età.

Per comprendere meglio il problema è necessario però soffermarsi sui paesi di provenienza dei bambini. Per quanto riguarda l'Italia, i dati relativi alle adozioni concluse nel 2013 ci dicono che la maggior parte dei bambini adottati all'estero provenivano da paesi di tradizione cristiana, ortodossa o

²⁵ Su quest'argomento, in generale, cfr. da ultimo DAVID DURISOTTO, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2011. Si rinvia inoltre a MARIA LUISA LO GIACCO, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in ID. (a cura di), *La famiglia e i suoi soggetti. Temi giuridici*, Cacucci, Bari, 2008, pp. 27-61; ANTONELLA MAGINI, *Responsabilità genitoriale ed educazione religiosa del minore*, in *Diritto e Religioni*, 2008, 2, pp. 316-331.

²⁶ PIERLUIGI CONSORTI, *Diritto e Religione*, II ed., Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 140.

²⁷ Si è detto che grazie all'adozione internazionale si formano nuove famiglie multietniche: cfr. MATHILDE CALLARI GALLI, *I primi passi della famiglia multietnica*, in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE (a cura di), *Adozione internazionale e famiglia multietnica. Aspetti giuridici e dinamiche socio-culturali*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 15-24. Le famiglie adottive sono definite invece "famiglie multiculturali" da MARIA TERESA TAGLIAVENTI, *Genitori e figli nel percorso adottivo*, in PIERGIORGIO CORBETTA - PASQUALE COLLOCA - ROBERTA RICUCCI - MARIA TERESA TAGLIAVENTI, *Crescere assieme. Genitori e figli nell'adozione internazionale*, il Mulino, Bologna, 2011, pp. 98-102.

²⁸ MARILENA PIAZZONI, *Adozioni internazionali e attività di cooperazione*, in PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Le nuove regole delle adozioni*, cit., p. 75.

cattolica: il 25,8% dalla Federazione Russa, il 10,4% dall'Etiopia, il 7,2% dalla Polonia, il 6,6% dal Brasile, il 6,3% dalla Colombia. Il primo paese di tradizione non cristiana per numero di adozioni è stato lo scorso anno la Cina, con il 5,7% delle adozioni, seguito dal Vietnam con il 2,8%²⁹.

In Spagna, su 1669 bambini adottati all'estero nel 2012, 479 provenivano dalla Federazione Russa, 447 dalla Cina, 302 dall'Etiopia, 77 dalle Filippine, 74 dalla Colombia³⁰. Anche in Spagna dunque entrano soprattutto bambini provenienti da paesi a maggioranza cristiana, con un significativo numero però di piccoli che arrivano dalla Repubblica Popolare Cinese. Nel caso di bambini provenienti da realtà a maggioranza cristiana-ortodossa, soprattutto se si tratta di bambini in età scolare, può essere importante provare a mantenere le tradizioni religiose di origine, specie se il bambino ha ricevuto un'educazione religiosa. Per quanto riguarda invece i bambini provenienti dall'Estremo Oriente o dal Sud-est asiatico è da tener presente che la Cina, pur essendo di tradizione confuciana, è una società che si basa sul materialismo socialista e gli orfanotrofi sono tutti di Stato. È quindi improbabile, per non dire impossibile, che i bambini abbiano ricevuto un'educazione e una formazione religiosa. Lo stesso si può dire dei piccoli vietnamiti. Ma anche in questi casi, un fattore molto rilevante è costituito dall'età. Come sappiamo la religione permea la cultura di un popolo, e anche se allevati da istituzioni statali, i bambini più grandi possono aver assorbito le tradizioni, anche religiose, della terra dalla quale provengono.

Mi viene in mente un episodio al quale ho assistito personalmente. Un giorno d'estate, un bambino di origine cambogiana, adottato quando aveva poco più di due anni, camminava con la sua mamma in una strada pedonale di un paese sul mare. Era agosto, il bambino era in Italia dal mese di febbraio. In Cambogia era vissuto in un orfanotrofio gestito da un'organizzazione laica. I genitori non avevano notato al suo interno, quando erano andati a prendere il bambino, alcun segno religioso. Eppure, dopo quei mesi trascorsi in Italia, nonostante la tenera età, quel giorno il bambino passando davanti a un negozio di oggetti etnici, vide una statua del Buddha, giunse le mani nel tipico gesto cambogiano e fece un inchino davanti alla statua, sotto lo sguardo stupito della mamma. La mamma ricordò allora che vicino all'or-

²⁹ Anche questi dati sono riportati in PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, COMMISSIONE PER LE ADOZIONI INTERNAZIONALI, *Dati e prospettive nelle adozioni internazionali. Rapporto sui fascicoli dal 1° gennaio al 31 dicembre 2013*, pp. 35, consultabile sul sito http://www.commissioneadozioni.it/media/143019/report_statistico_2013.pdf.

³⁰ I dati sul numero delle adozioni internazionali in Spagna sono pubblicati sul sito http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/pdf/Datos_adopcion_internacional_2008-2012.pdf.

fanotrofia aveva visto una piccola pagoda. Evidentemente il bambino, pur essendo molto piccolo, era passato davanti a quel luogo di culto e aveva notato e interiorizzato quel gesto di rispetto compiuto da chi lo accompagnava.

Con questo non voglio certo sostenere che, per un malinteso senso del rispetto delle origini, i genitori adottivi debbano educare i figli in una fede che non condividono solo perché è quella maggioritaria nel paese di provenienza dei figli. Ciò sarebbe impossibile per tutta una serie di motivi, innanzitutto perché la trasmissione della fede religiosa non può essere fatta da chi tale fede non condivide. Al contrario, tra l'altro, è una caratteristica comune a tutte le esperienze di adozione il desiderio dei figli di appartenere totalmente alla famiglia che li ha accolti e al paese del quale sono diventati cittadini, abbracciandone tutte le tradizioni, i gusti, le abitudini e anche le credenze religiose. "Costringere" il bambino a seguire la fede religiosa del paese di provenienza, sarebbe una forzatura inutile e forse anche dannosa. Il minore non deve infatti essere "obbligato ad imitare modelli culturali che appartengono ai suoi ascendenti biologici, od al suo Paese di origine, ma non necessariamente anche a lui"³¹. Come bene ha scritto Milena Santerini, "cercare di imporre al figlio adottivo l'identificazione con la cultura di origine – magari mai conosciuta – sarebbe un'operazione di folklore e di esotismo che il bambino o l'adolescente, proteso a divenire italiano, non comprenderebbe. Allo stesso tempo, cancellare le tracce del suo passato, i ricordi, a volte immagini o suoni e sapori, lo priverebbe di un personale bagaglio di vita. Imparare ad accogliere un bambino che viene da lontano significa cercare il difficile equilibrio tra libertà e protezione, tra ciò che l'identità culturale rappresenta e quello che può divenire"³². Sarebbe, tra l'altro, una contraddizione pensare che proprio nel caso dell'adozione, istituto giuridico che rende un bambino figlio di una coppia prescindendo dall'evento biologico della filiazione, e che quindi implicitamente afferma la prevalenza dei rapporti affettivi rispetto a quelli di sangue, si consideri talmente importante la discendenza biologica da dover determinare le scelte educative dei genitori. Infatti, come già ho avuto modo di dire, i doveri e i diritti di educazione che hanno i genitori nei confronti dei figli adottivi non si discostano da quelli che i genitori hanno nei confronti dei figli legittimi.

A questo proposito, come sappiamo, anche la giurisprudenza europea ritiene che i genitori abbiano la libertà di educare i figli anche in materia religiosa, senza che tale libertà possa subire interferenze da parte dello Stato

³¹ PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità genitoriale e libertà religiosa*, cit., p. 1725.

³² MILENA SANTERINI, *Bambini che vengono da lontano*, in COMUNITÀ DI SANT'EGIDIO, *Figli si diventa. Bambini e genitori nell'adozione internazionale*, Leonardo International, Milano, 2006, p. 123.

o di altri pubblici poteri, purché l'esercizio di tale diritto di educazione avvenga nel rispetto dei diritti fondamentali e della dignità dei figli³³.

4. *Adozione internazionale e religioni. Il caso particolare della kafalah islamica*

La religione ha storicamente influenzato l'istituto giuridico dell'adozione anche da un altro punto di vista. Infatti, non tutte le religioni hanno il medesimo atteggiamento nei confronti dell'adozione, e la posizione che le religioni hanno o hanno avuto nei confronti dell'adozione ha influenzato la legislazione in materia di adozione. La Chiesa Cattolica ha contribuito in maniera rilevante alla preservazione dell'istituto romanistico dell'adozione, con un atteggiamento di apertura e di sostegno verso questo istituto che arriva fino ai nostri giorni. Come leggiamo nel can. 110 del vigente codice di diritto canonico, "i figli, che sono stati adottati a norma della legge civile, sono ritenuti figli di colui o di coloro che li hanno adottati". D'altronde, nella teologia cristiana, il rapporto tra Dio e gli uomini viene descritto come quello tra un Padre e i suoi figli adottivi³⁴. Una religione che guarda all'adozione come al mezzo attraverso il quale l'umanità viene redenta non può che avere un atteggiamento positivo nei confronti dell'adozione come istituto giuridico.

Supera in questo modo, il cristianesimo, la tradizione e la legislazione ebraica, che invitava ad aver sollecitudine verso gli orfani, ma che si limitava appunto all'assistenza materiale, non essendo prevista l'adozione nella legge religiosa ebraica. Questa diversità può essere forse spiegata alla luce della diversa modalità di trasmissione della fede all'interno delle due comunità. Come sappiamo, nel cristianesimo la partecipazione al popolo di Dio avviene attraverso una filiazione spirituale che si realizza nel battesimo; nell'ebraismo, invece, il legame di sangue è fondamentale poiché, come è noto, l'appartenenza al popolo di Israele si realizza attraverso la nascita da madre ebrea.

³³ Sul tema si veda VINCENZO TURCHI, *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 29/2012.

³⁴ Cfr. in particolar modo le lettere dell'Apostolo Paolo, Rom. 8, 14-15: "Tutti quelli infatti che sono guidati dallo Spirito di Dio, costoro sono figli di Dio. E voi non avete ricevuto uno spirito da schiavi per ricadere nella paura, ma avete ricevuto uno spirito da figli adottivi" e Gal. 4, 4-5: "Dio mandò il suo Figlio, nato da donna, nato sotto la legge, per riscattare coloro che erano sotto la legge, perché ricevessimo l'adozione a figli".

Una simile insistenza sui legami di sangue troviamo nella religione confuciana. Nell'induismo, invece, proprio la necessità di preservare la discendenza maschile ha fatto sì che l'adozione fosse molto praticata già nell'antichità. La legge hindu conosce anche un rito religioso che accompagna l'adozione, che però può avvenire solo se il padre non ha figli maschi e appartiene alla stessa casta del bambino che intende adottare; non era pertanto permessa l'adozione di orfani dei quali non si conoscesse l'origine familiare.

Absolutamente contraria all'adozione è la legge islamica. Pur essendo il Profeta Maometto un orfano, e pur invitando il Corano ad avere un atteggiamento misericordioso verso gli orfani, la *Sharia* proibisce l'adozione³⁵. Questa proibizione è contenuta anche nella legislazione dei paesi musulmani, che invece prevedono un altro istituto giuridico, la *kafalah*, destinato all'assistenza dei bambini orfani o abbandonati³⁶.

Attraverso la *kafalah* il bambino in difficoltà viene affidato a una coppia, o anche a una donna singola, che si impegna a crescerlo e educarlo, ma il bambino non diventa giuridicamente figlio di chi lo accoglie, e mantiene il suo cognome. La *kafalah* può essere stabilita da un giudice o realizzata attraverso un accordo privato che comunque deve essere approvato da un giudice e termina quando il minore affidato compie diciotto anni (se maschio) oppure si sposa (se femmina).

L'istituto della *kafalah* è disciplinato da alcune legislazioni dei paesi musulmani, ma si è posto il problema del riconoscimento di tale istituto, che come ho detto ha una matrice religiosa, negli ordinamenti occidentali. La Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla protezione dei minori, all'art. 3 lett. E) indica la *kafalah* come uno degli strumenti idonei a proteggere la persona o i beni del minore.

Per esempio, nella legge marocchina è detto espressamente che la *kafalah* non crea un rapporto giuridico di filiazione, né dà diritto alla successione (art. 2, legge n. 15/01). Possono assumere la responsabilità di un bambino marocchino attraverso la *kafalah* due sposi o una donna non sposata, purché siano musulmani. I coniugi devono essere sposati da almeno tre anni e se sono stranieri devono dimostrare di aver aderito alla fede islamica. Se il bambino è affidato in *kafalah* a un'istituzione, questa deve garantire che lo educerà conformemente ai principi islamici (art. 9, legge n. 15/01). È pos-

³⁵ Si legge nella Sura XXXIII, vv. 4-5: "Dio non ha posto nelle viscere dell'uomo due cuori, né ha fatto dei vostri figli adottivi dei veri figli. Chiamate i vostri figli adottivi dal nome dei loro veri padri".

³⁶ Un breve esame della posizione delle diverse religioni nei confronti dell'adozione in ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (ed.), *Child Adoption: Trends and Policies*, cit., pp. 23-27. In particolare, sulla *kafalah*, cfr. TIZIANA TOMEO, *La Kafala*, in www.comparazionediritto.civile.it

sibile dunque assumere la tutela di un bambino attraverso la *kafalah* soltanto se si professa la religione islamica e impegnandosi ad allevarlo ed educarlo nella religione islamica. È da tener presente che sui minori affidati in *kafalah* l'autorità giudiziaria effettua controlli regolari, demandati alle autorità consolari marocchine nel caso in cui il minore venga portato all'estero. È assolutamente probabile che un'eventuale inottemperanza al dovere di educare il minore nei principi della fede islamica porti alla revoca della *kafalah* stessa.

Anche il codice di famiglia algerino all'art. 46 vieta l'adozione e disciplina al successivo art. 116 la *kafalah* come istituto giuridico idoneo a proteggere e a prendersi cura di un bambino abbandonato. In base all'art. 118 chi prende un bambino in *kafalah* deve essere musulmano.

Quale riconoscimento può avere la *kafalah* negli ordinamenti occidentali? Proprio per le sue peculiarità, non è assolutamente parificabile all'adozione internazionale. La legge spagnola sulle adozioni, all'art. 34 equipara all'affidamento familiare o alla tutela gli istituti stranieri di protezione dell'infanzia che secondo l'ordinamento in cui sono sorti non determinano la costituzione di un legame di filiazione. La *kafalah* islamica rientra senz'altro in questa previsione normativa. Vi è dunque la chiara esclusione della possibilità di equiparare gli effetti della *kafalah* a quelli dell'adozione internazionale³⁷.

L'Italia, pur avendo il Senato, nel marzo del 2015, approvato il disegno di legge di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996, non ha ancora emanato una legge in materia di *kafalah*, stralciando in sede di ratifica della Convenzione gli articoli relativi alla *kafalah*. Vi sono stati però diversi casi giurisprudenziali, decisi nel corso del tempo in maniera non uniforme. I casi nascevano dal diniego di visto per ricongiungimento familiare di minori affidati in Marocco a cittadini italiani attraverso la *kafalah*. Il timore, in alcuni casi non del tutto infondato, era che in questo modo si tentasse di eludere la legge sull'adozione internazionale. Si è scelto perciò in un primo momento di distinguere tra cittadini marocchini regolarmente residenti in Italia, ai quali veniva riconosciuta la possibilità di ottenere l'ingresso per ricongiungimento familiare di un minore a loro affidato in regime di *kafalah* in Marocco, e cittadini italiani, ai quali tale visto è stato in alcuni casi negato, sulla base dell'argomentazione che ad essi si dovesse applicare la legge sull'adozione internazionale.

Su questa questione, in attesa che venga finalmente approvata la legge in discussione in Parlamento, è intervenuta ancora una volta la Corte di Cas-

³⁷ Cfr. MARIA DEL PILAR DIAGO DIAGO, *La Kafala islámica en España*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol.2, n. 1, pp. 140-164 (<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/98/96>)

sazione (Sezioni Unite), con la sentenza n. 21108 del 16 settembre 2013³⁸. I giudici hanno in questo caso stabilito che non si può negare il visto di ingresso per ricongiungimento familiare a un minore affidato in regime di *kafalah* a un cittadino italiano se nel paese di provenienza tale minore viveva con il cittadino italiano o è a suo carico, oppure se esistono gravi motivi di salute per i quali il minore debba essere assistito personalmente da colui che ne ha la custodia attraverso la *kafalah*. L'attenzione della giurisprudenza di sposta dunque dalla tutela della legge sull'adozione da possibili tentativi di elusione, alla tutela dell'interesse oggettivo del minore a essere curato e accudito da colui che ne ha la custodia in virtù di un istituto, di origine religiosa ma disciplinato anche da un ordinamento statale quale quello marocchino e riconosciuto come meritevole di apprezzamento dalla Convenzione dell'Aja in quanto idoneo a garantire la protezione dei minori. D'altronde, come sottolinea Paolo Morozzo della Rocca commentando la sentenza delle Sezioni Unite, "se la *kafalah* non produce un rapporto di adozione non può nemmeno presumersi a priori che i cittadini italiani che dovessero ricevere in affidamento un minore in *kafalah* eluderebbero in tal modo ed in ogni caso la normativa in materia di adozione internazionale"³⁹.

Recentemente, la Cassazione italiana si è di nuovo pronunciata su un caso di *kafalah*, anche questa volta riguardante una coppia italiana, di origine marocchina. Si trattava di due marocchini che, residenti regolarmente in Italia da più di venti anni, avevano acquisito la cittadinanza italiana. I due coniugi avevano ottenuto in Marocco la custodia, attraverso un atto negoziale di *kafalah*, dei due nipotini che, pur non essendo orfani, vivevano in precarie condizioni economiche. Ai due minori era stato però negato il visto di ingresso in Italia perché il fatto che fossero stati legalmente affidati agli zii attraverso l'istituto della *kafalah* non era stato considerato motivo idoneo a farli rientrare nella categoria dei familiari ai quali spetta il visto per ricongiungimento familiare. In questo caso è evidente che non si intendeva eludere le norme in materia di adozione internazionale, mentre si chiedeva il

³⁸ La sentenza è pubblicata in *Corriere Giuridico*, 2013, n. 12, pp. 1492-1497, con nota di PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, in *id.*, pp. 1497-1505. Si veda altresì GIUSEPPE MAGNO, *Ingresso in Italia del minore straniero affidato in kafalah a coniugi italiani: una questione da chiarire*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, II, pp. 99 e ss. Una panoramica della giurisprudenza italiana in materia di *kafalah* in ANTONIO FUCILLO - RAFFAELE SANTORO, *Giustizia, diritto, religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile vivente*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 299-327. Cfr. inoltre PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante kafalah*, in *Gli Stranieri*, 2011, n. 1, pp. 11-28.

³⁹ PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Uscio aperto, con porte socchiuse, per l'affidamento del minore mediante kafalah al cittadino italiano o europeo*, cit., p. 1503.

riconoscimento di un vincolo giuridico sorto nell'ordinamento marocchino e diretto a proteggere i diritti dei due minori. La Cassazione, nella motivazione, ribadisce la sostanziale differenza tra adozione e *kafalah*: "l'istituto giuridico della *kafalah* trova la propria origine nel divieto di adozione che accomuna gli ordinamenti giuridici ispirati dall'insegnamento del Corano. Ritenere pertanto che a tale istituto possano applicarsi le norme in materia di adozione e specificamente quelle in materia di adozione internazionale significa negare pregiudizialmente il significato e la rilevanza dell'istituto della *kafalah* negli ordinamenti giuridici che la prevedono"⁴⁰. Interessante è poi il riferimento che fa la Suprema Corte alla necessità di garantire la libertà religiosa dei cittadini di fede islamica, ricordando che "con tale istituto si garantisce a chiunque professi la fede musulmana di esercitare una forma di protezione nei confronti di un minore, rispetto al quale è disposto ed è idoneo a esercitare un ruolo di protezione, assistenza e cura affettiva, in armonia con i precetti della propria religione"⁴¹. Anche in questo caso, per la giurisprudenza italiana, le esigenze di tutela, protezione e assistenza dei minori coinvolti portano a concludere a favore del riconoscimento del provvedimento di *kafalah* e della sua idoneità a garantire il loro ingresso in Italia. Si supera in questo modo il denunciato "corto circuito giurisprudenziale e giuridico interculturale"⁴² in base al quale si verificava una minore tutela della libertà religiosa dei cittadini italiani rispetto a quella dei cittadini stranieri. Possiamo dire che con questa sentenza, la Suprema Corte fa un ulteriore passo in avanti: la *kafalah* non viene riconosciuta soltanto alla luce della necessaria tutela del bene dei minori coinvolti⁴³, ma anche in quanto

⁴⁰ Corte di Cassazione, sezione I civile, sentenza 2 febbraio 2015, n. 1843, n. 16 della motivazione. Il testo della sentenza in <http://www.foroitaliano.it/cass-2-febbraio-2015-n-1843-i-816-kafalah-e-ricongiungimento-familiare-di-minore-straniero/>.

⁴¹ *Ibidem*, n. 39. Come scrive PAOLO STEFANI, *Kafalah islamica e uguaglianza religiosa: laicità e società multiculturale*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, V, 2012, pp. 655-664, la *kafalah* può essere un banco di prova per misurare la capacità del nostro ordinamento, a partire dalla sua caratteristica laica, di elaborare percorsi di costruzione interculturale: "La diversità religiosa e culturale appare meno radicale, è stata tradotta in modo tale che essa possa trovare cittadinanza nel sistema giuridico. Ma a trovare cittadinanza sono i soggetti che appartengono alla cultura e alla religione islamica, inizialmente respinti in ragione della loro diversità" (p. 664).

⁴² PAOLO STEFANI, *Kafalah islamica e uguaglianza religiosa: laicità e società multiculturale*, cit., p. 665.

⁴³ Come sottolinea MARIO RICCA, *L'ombra del diritto. Le 'parti mute' dell'agire sociale e la traduzione interculturale*, in *E/C, Rivista online dell'AISS Associazione Italiana Studi Semiotici* (<http://www.ec-aiss.it/>), 2011, p. 33, il mancato riconoscimento dell'istituto della *kafalah*, frutto di un'applicazione del diritto che non tiene conto del contesto culturale avrebbe prodotto una "eterogenesi degli effetti del diritto italiano. In parole povere, anziché tutelare il minore, lo si sarebbe condannato probabilmente all'abbandono, privandolo proprio dello strumento apprestato dalla sua cultura d'origine per rimediare a questa eventualità".

espressione della libertà religiosa, degli adulti e dei bambini coinvolti.

In linea con la giurisprudenza, il disegno di legge italiano, così come la legge spagnola, equipara la *kafalah* all'affidamento familiare. Nulla si dice in ordine all'appartenenza religiosa dei coniugi che chiedano l'affidamento in *kafalah* di un minore, né sulla necessità che tale minore venga educato secondo i principi islamici. È evidente che una previsione del genere sarebbe in contrasto con i principi di laicità e con la libertà di educazione, ma è anche vero che, come ho avuto modo di sottolineare all'inizio, la legge che disciplina l'affido prevede la necessità che gli affidatari si attengano a quanto indicato dai genitori o dal tutore in ordine all'educazione del minore. Per analogia, anche nel caso della *kafalah* la coppia affidataria dovrà uniformarsi a quanto stabilisce la legge marocchina (nella quale l'istituto è nato e dalla quale è disciplinato) e alle indicazioni del giudice e del console marocchino in Italia. La legge marocchina, come abbiamo già ricordato, stabilisce al riguardo che chi prende un minore in *kafalah* debba essere di fede islamica.

Su un caso di *kafalah* si è pronunciata anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Mi riferisco alla sentenza Harroudj c. Francia del 4 ottobre 2012⁴⁴. Il caso aveva coinvolto una bambina nata in Algeria e che era stata affidata in *kafalah* dalle autorità del suo Paese a una donna francese, che era anche stata autorizzata a portare la bambina con sé in Francia. Dopo qualche anno l'affidataria aveva chiesto alle autorità francesi di poter adottare la bimba, ma l'adozione le era stata negata sulla base dell'art. 370.3, par. 2 del codice civile (modificato dalla legge del 6 febbraio 2001 sulle adozioni internazionali) che proibisce l'adozione di bambini se la loro legge personale vieta tale istituto, a meno che il minore sia nato e abitualmente residente in Francia. La Corte di Strasburgo ha respinto il ricorso della donna, sulla base della considerazione che l'istituto della *kafalah*, parificabile all'affido, è sufficiente a garantire l'interesse del minore alla vita familiare, sottolineando, altresì, che in nessun ordinamento la *kafalah* è parificata all'adozione.

⁴⁴ In <http://hudoc.echr.coe.int/>.