



# diritto & religioni

**Semestrale**  
**Anno XIV - n. 1-2019**  
**gennaio-giugno**

ISSN 1970-5301

**27**



**LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE**

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno XIV – n. 1-2019  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttori*  
Mario Tedeschi – Maria d'Arienzo

*Comitato scientifico*

F. Aznar Gil, A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, G.B. Varnier, 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

G.B. Varnier

M. Jasonni, G.B. Varnier

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, R. Rolli

M. Ferrante, P. Stefanì

L. Barbieri, Raffaele Santoro,

Roberta Santoro

G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato

S. Testa Bappenheim

V. Maiello

A. Guarino, F. Vecchi

**Parte III**

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,  
segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

M. Tedeschi

AREA DIGITALE

Fabio Balsamo, Caterina Gagliardi

*Direzione:*

**Cosenza** 87100 – Luigi Pellegrini Editore  
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)  
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672  
E-mail: info@pellegrineditore.it

**Napoli** 80133- Piazza Municipio, 4  
Tel. 081 5510187 – 80133 Napoli  
E-mail: dirittoereligioni@libero.it

*Redazione:*

**Cosenza** 87100 – Via Camposano, 41  
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672  
E-mail: info@pellegrineditore.it

**Napoli** 80134 – Dipartimento di Giurisprudenza Università degli studi di Napoli Federico II  
I Cattedra di diritto ecclesiastico  
Via Porta di Massa, 32  
Tel. 081 2534216/18

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 8,00 al seguente link: [www.pellegrineditore.com/node/360](http://www.pellegrineditore.com/node/360)

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c – 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrineditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

– versamento su conto corrente postale n. 11747870

– bonifico bancario Iban IT 88R010308880000000381403 Monte dei Paschi di Siena

– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

– carta di credito sul sito [www.pellegrineditore.com/node/361](http://www.pellegrineditore.com/node/361)

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.

Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Possono ordinare estratti a pagamento.

Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

# La kafalah: uno studio di diritto comparato

ANDREA BORRONI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Dal divieto di adozione all'adozione della kafalah – 3. La kafalah nel diritto statale dei Paesi islamici – 3.1. Tunisia – 3.2 Marocco-3.3 Algeria – 4. La circolazione della kafalah nella Western Legal Tradition – 4.1. Le norme pattizie – 4.2. La kafalah nel diritto primario e secondario dell'Unione Europea – 4.3. La kafalah nella giurisprudenza della Corte EDU – 4.4. Il riconoscimento della kafalah nell'ordinamento francese ... – 4.5 (segue)...e italiano – 5. Conclusioni

## 1. Introduzione

L'istituto della *kafalah* ha trovato dimora nel diritto di famiglia shariatico<sup>1</sup>

---

\* L'autore desidera ringraziare la dottoressa Giovanna Carugno e l'avvocato Lorena Di Gaetano per il prezioso contributo nella revisione del presente saggio.

<sup>1</sup> Questo istituto non è da confondere con altri che presentano la stessa veste etimologica, pur afferendo a diverse partizioni della scienza giuridica. Come sottolineato da JAMES FAUBION, *The ethics of kinship: ethnographic inquiries*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2001, p. 80, il termine *kafalah* è utilizzato nel diritto di famiglia con l'accezione di 'prendersi cura' di un minore. Invece, nel vocabolario del diritto commerciale, la *kafalah* identifica una forma di fideiussione, indicando letteralmente l'atto di 'garantire insieme'. Cfr. PAOLO PIETRO BIANCONE, *La banca islamica* Giappichelli, Torino, 2017, p. 199; JAMILA BARGACH, *Orphans of Islam: family, abandonment, and secret adoption in Morocco*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2002, p. 29; MICHELE NISTICÒ, *Kafalah islamica e condizione del figlio minore. La rilevanza della kafalah nell'ordinamento italiano*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2013, p. 10 nota 30. In diritto del lavoro, è qualificato come *kafalah* ogni rapporto di *sponsorship* che si instaura trilateralmente tra datore di lavoro, lavoratore dipendente straniero e *sponsor*. Cfr. ASMA AZHARI, *The Kafalah sponsorship system in Saudi Arabia*, in *The SOAS Journal of Postgraduate Research* 10, 2016-2017, pp. 61-80. Si noti che, mancando una cornice normativa di riferimento, lo *sponsor* ha un ampio arbitrio sull'esistenza del lavoratore, con potenziali gravissime violazioni di diritti umani. Tra questi, si segnala la prassi diffusa di non consegnare i documenti di identità ai migranti per evitare qualsiasi spostamento non autorizzato. Cfr. sul punto, in chiave comparatistica: CHRISTINE JEANGÉY, *Il sistema della kafalah e la tutela dei lavoratori migranti nella penisola arabica*, in LINA PANELLA, ERSILIA GRAZIA SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 397; E. B. MUTISYA, *International corporate liability: a solution for the exploitation of migrant workers in Qatar*, in *Wake Forest Journal for Law and Policy* 5, 2015, p. 513; CHANTAL THOMAS, *Migrant domestic workers in Egypt: a case study of the economic family in global context*, in *American Journal of Comparative Law* 58, 2010, p. 987; PAULA RENKIEWICZ, *Sweat makes the green grass grow: the dangerous future of Qatar's migrant workers in the run up to the 2022 FIFA World*

quale soluzione di matrice solidaristica dettata a presidio del superiore interesse del minore – rimasto orfano o in stato di abbandono – a essere cresciuto ed educato.

Il minore viene affidato, *ex contractu* o dall'autorità giudiziaria, a un soggetto (*kafil*), che si impegna a provvedere al suo mantenimento e istruzione fino al raggiungimento della maggiore età<sup>2</sup>. Tra il minore (*makful*) e il suo affidatario non sorge alcun legame di filiazione, né di parentela: la *kafalah* lascia intatti i rapporti genitoriali naturali, tanto che il minore non assume il nome del *kafil* e non ne diviene erede<sup>3</sup>, mentre quest'ultimo non acquisisce né la potestà né la rappresentanza legale del *makful*<sup>4</sup>.

Se tali tratti costituiscono il *common core* della *kafalah*, quest'ultima si connota per peculiarità diversamente declinate entro i singoli ordinamenti islamici<sup>5</sup>, di immediato interesse per il giurista contemporaneo, anche alla luce delle prospettive di circolazione dell'istituto al di fuori della tradizione giuridica shariatica.

Scopo del presente scritto è dunque quello di analizzare la *kafalah* nel prisma della metodologia comparatistica, tracciando le linee salienti di sviluppo

---

*Cup under the kafalah system and recommendations for effective reform*, in *American University Law Review*, 65, 2016, p. 721; HEATHER E. MURRAY, *Hope for reform springs eternal: how the sponsorship system, domestic laws and traditional customs fail to protect migrant domestic workers in GCC Countries*, in *Cornell International Law Journal*, 45, 2012, p. 461; FARAZ SIDDIQUI, ALEEA STANTON, *Blocking the means to exploit: ending kafalah under the principle of Sadd al-Dhara'i*, in *Howard Law Journal*, 61, 2018, p. 341; ANDREW GARDNER, *Reflections on the role of law in the Gulf migration system*, in *Journal of Legal Studies* 47, 2018, p. 129; NIGEL G. CROCOMBE, *Building a new future: the 2022 FIFA World Cup as a potential catalyst for labor reform in Qatar*, in *Suffolk Transnational Law Review* 37, 2014, p. 33.

<sup>2</sup> Si ricordi in via preliminare che, in caso di *kafalah* giudiziaria, il minore resta soggetto all'autorità di un giudice che potrà revocare il provvedimento e riaffidare l'interessato alla famiglia naturale. Si veda, *ex multis*, AGOSTINO CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafalah*, in ID., *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, pp. 236-237.

<sup>3</sup> FEDERICA DI PIETRO, *La kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani* 1, 2016, p. 92, disponibile all'indirizzo: <http://www.rivistaoidu.net/content/la-kafalah-islamica-e-le-sue-applicazioni-alla-luce-della-giurisprudenza-della-corte-europea> (ultimo accesso 29 aprile 2019).

<sup>4</sup> Cfr., *inter alia*, RITA DUCA, *Diffusion of Islamic law in the UK: the case of the 'special guardianship'*, in SUE FARRAN, JAMES GALLE, CHRISTA RAUTENBACH (a cura di), *The diffusion of law: the movement of laws and norms around the world*, Routledge, Abingdon, 2016, p. 52.

<sup>5</sup> Come osservato da un attento commentatore, tali profili di distinzione sono la risultanza del recepimento dei precetti della *sharia* nelle varie aree di uno stesso Paese (es. Nigeria) e a seconda delle aree del diritto considerate (l'influenza della *shar'ia* sul diritto di famiglia rimane assai elevata, innanzitutto perché molti precetti religiosi in materia familiare discendono direttamente dalla rivelazione coranica), JOËLLE LONG, *Adozione e Islam. Gli ordinamenti giuridici occidentali e il divieto islamico di adozione*, in *Studi Urbinati di Scienze Politiche, Giuridiche ed Economiche*, Nuova Serie A, 55, 2014, p. 187, nota 2.

della stessa nei Paesi islamici – con particolare attenzione a quelli nord africani del Maghreb – e nel territorio europeo.

## 2. Dal divieto di adozione all'adozione della kafalah

Per le radici profonde che legano il diritto di famiglia islamico alla tradizione religiosa<sup>6</sup>, la comprensione della *kafalah* non può prescindere dall'analisi delle vicende storiche che ne hanno forgiato la fisionomia<sup>7</sup>.

Prima della predicazione di Maometto, il mondo arabo ricorreva ampiamente all'adozione (*tabanni*): la famiglia comprendeva tanto i figli naturali, quanto quelli adottivi, equiparati ai primi. Lo stesso Maometto adottò Zayd, che prese appunto il nome di Zayd bin Muhammad (Zayd figlio di Muhammad)<sup>8</sup>. Quando Muhammad si innamorò della moglie del suo figlio adottivo, la parola divina gli suggerì che la parentela adottiva non fosse equiparabile a quella agnazia<sup>9</sup>: ragione per la quale, fermo restando il divieto di matrimonio tra suocero e nuora, il Profeta fu libero di sposare la moglie di Zayd.

In seguito, Maometto ricevette le rivelazioni riportate nei versetti coranici XXXIII:4 («Dio non ha dato due cuori agli uomini; non ha accordato ... il diritto ... dei vostri figli propri») e XXXIII:5 («Chiamate i vostri figli adottivi col nome dei loro padri; ciò sarà più equo a Dio. Se non conoscerete i loro padri, siano vostri fratelli di religione, ed amici») <sup>10</sup>.

Questa concezione è stata elevata a *ratio* fondante il divieto di adozione da

---

<sup>6</sup> In questo senso, la *sharia* (legge divina) regola sia la sfera religiosa, quanto quella morale e giuridica. Il 'diritto islamico' o 'musulmano' (*fiqh*) è la parte della *sharia* che disciplina l'attività esterna del credente verso Dio, se stesso e gli altri. Cfr. sul punto FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 3-4.

<sup>7</sup> DEBORAH SCOLART, *Legal protection of orphans in Islamic law: Kafāla as a tertium genus between natural family and adoption*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), *The kafalah and the protection of minors. Reflections after the Second Italian-Moroccan Colloquium on Comparative Law*, Ipocan, Roma, 2017, pp. 31-37.

<sup>8</sup> COSÌ ANDREA BORRONI, *The Kafalah in a comparative perspective*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), op. cit., p. 31.

<sup>9</sup> Corano XXXIII:37: 'O Maometto! Hai detto un giorno a quell'uomo, verso il quale Dio è stato pieno di bontà, e che ha colmato dei suoi favori: conserva la tua donna, e temi Dio; e tu nascondevi in cuore ciò che Dio doveva poco dopo porre in evidenza. Era perciò più giusto il temere Dio. Ma quando Zayd prese il partito di ripudiare sua moglie, noi l'unimmo a te in matrimonio, affinché non sia delitto per i credenti lo sposare le mogli dei loro figli adottivi, dopo che sono ripudiate. Ciò che Dio decide si realizza' (traduzione tratta da VINCENZO CALZA, *Il Corano. Versione italiana*, Fabiani ed., Bastia, 1847, p. 211).

<sup>10</sup> *Ibidem*.

parte di molti Paesi islamici<sup>11</sup>, i cui ordinamenti restano ispirati al principio di mantenimento dei legami di sangue, atteso che la famiglia è intesa quale «stituzione di origine divina: poiché i vincoli di filiazione sono espressione della volontà divina, l'uomo non può artificialmente determinarne la cessazione e costituirne di nuovi al di fuori della generazione biologica»<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> La letteratura in materia di *tabanni* non è così ampia come ci si potrebbe attendere. Posto che, in termini sintetici, esiste un sostanziale accordo tra i commentatori circa il fatto che l'adozione debba essere esclusa poiché in contrasto con il nuovo ordine familiare dettato dal Profeta e basato sul vincolo di sangue, altre interpretazioni dettagliano tali assiomi. DAVID S. POWERS, *Adoption*, in *Encyclopaedia of Islam*, 2015 consultabile all'indirizzo: [http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-3/adoption-SIM\\_0304](http://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-3/adoption-SIM_0304) (ultimo accesso 29 aprile 2019) e ID., *The Abolition of Adoption in Islam, Reconsidered*, in *Droit et Religions Annuaire*, 4, 98, 2009-2010, sostiene che l'abolizione di suddetto istituto derivi dalla introduzione della dottrina teologica della 'finalità della profezia': atteso che l'ufficio della profezia è esclusivamente riservato alla famiglia del Profeta, se Maometto è l'ultimo dei Profeti, egli non potrà lasciare prole. ALBERT ARAZI, *Les enfants adulterins dans la société arabe ancienne: l'aspect littéraire*, in *Jerusalem Stud. Arabic & Islam* 16, 1993, pp. 10-11, specifica poi che la dissoluzione del vincolo con Zayd sia un elemento a supporto della integrità della famiglia e dell'orientamento sciita, secondo il quale la linea successoria passa solo tra i diretti discendenti di sangue. Tra le argomentazioni più strettamente legalistiche, SARDAR ALI, *A Comparative Perspective of the Convention on the Rights of the Child and the Principles of Islamic Law*, in *Protecting the World's Children*, 2008, pp. 142-154 sostiene che i versetti coranici intendono distinguere tra figli biologici e adottivi, specificatamente per ciò che attiene agli impedimenti matrimoniali, il che avrebbe consentito di preservare un'ampia gamma di tipologie di unioni nuziali, che favorissero le alleanze. Per lo stesso motivo erano favorite adozioni di adulti, funzionali ad accumulare risorse, anche in spregio dei diritti di eredità dei consanguinei. Cfr., sul punto, CHOUKRI KALFAT, *Les aspirations conflictuelles du droit de l'adoption*, in *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, 7, 1994, p. 15; sulla posizione sunnita in tema di legislazione successoria agnaticia si veda NADJMA YASSARI, *Intestate Succession in Islamic Countries*, in *Comparative Succession Law: Intestate Succession*, 2, 2015, p. 421. Invece AMIRA AL-AZHARY SONBOL, *Adoption in Islamic Society: A Historical Survey*, in ELIZABETH WARNOCK FERNEA (ed.) *Children in the Muslim Middle East*. University of Texas Press, Austin, 1995, pp. 49-51 ritiene che l'Islam avesse inteso introdurre un nuovo ordine sociale basato sul nucleo familiare e cementato dalla religione, piuttosto che dall'appartenenza a una tribù. In questo contesto, i diritti ereditari erano trasmessi in base alla discendenza di sangue, per cui consentire all'adozione avrebbe interferito con la struttura della società. Infine, SHABNAM ISHAQUE *Islamic Principles on Adoption: Examining the Impact of Illegitimacy and Inheritance Related Concerns in Context of a Child's Right to an Identity*, in *International Journal of Law Policy & Fam.* 22, 2008, pp. 393-408, collega il divieto di adozione alla veritiera conservazione della genealogia, per impedire che un individuo potesse acquisire fraudolentemente diritti ereditari.

<sup>12</sup> JOELLE LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 76. Analoghe considerazioni sono espresse dalla stessa Autrice in *Orientamenti giuridici occidentali, kafalah e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2003, p. 178. Il divieto di adozione non esclude, tuttavia, che accanto alla filiazione naturale possano sussistere altre forme di genitorialità, fermo restando il principio per cui 'il figlio appartiene al talamo' (*al-walad li'l-firaš*). Cfr. DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malikita*, Ipcan, Roma, I, 1938, pp. 236-237. A titolo di esempio, nel diritto africano il figlio è parte del clan e, nel caso in cui il padre naturale sia ignoto o irreperibile, si attribuisce al minore un 'padre giuridico' che può corrispondere al parente adulto più prossimo, ma anche a colui che ha trovato il minore abbandonato. Altro caso peculiare è quello per cui, nei Paesi islamici, l'allattamento istituisce tra il lattante, la nutrice e i suoi parenti un rapporto simile alla parentela di sangue, che rileva anche quale impedimento al matrimonio. Cfr. FRANCESCO

In un'ottica di comparazione diacronica, giova soffermarsi sul significato che l'adozione assumeva nel diritto arabo preislamico, risalente all'età antecedente la predicazione di Maometto (*Jahiliyya*<sup>13</sup>), iniziata a metà del VII secolo.

Lungi dal costituire uno strumento per garantire stabili rapporti parentali ai minori privi di famiglia, l'adozione rappresentava un mezzo per stringere alleanze e unire patrimoni<sup>14</sup>.

La principale cellula sociale del tempo era la tribù, intesa quale insieme di persone, discendenti da un comune antenato, al quale potevano partecipare anche altri soggetti, con l'obiettivo di ottenere protezione dal gruppo in cambio di fedeltà<sup>15</sup>.

In tale contesto, l'adozione era impiegata come strumento per rafforzare suddette unioni ed era normalmente effettuata a favore di un soggetto maggiorenne<sup>16</sup>.

La successiva abolizione dell'istituto e la sua proibizione rappresentano la naturale conseguenza dell'abbandono dell'antico ordine sociale e dell'affermazione della concezione shariatica per cui gli uomini sono considerati fratelli e costituiscono una sola comunità, unita dalla fede in Dio<sup>17</sup>.

Il diritto di famiglia dei Paesi islamici rispecchia tale evoluzione, non con-

---

CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 46). Cfr. anche RITA BENIGNI, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 30 novembre, 2008. Per una panoramica sui rapporti familiari in chiave comparatistica si veda RODOLFO SACCO, *Family structure and comparative law*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), *op. cit.*, p. 19. JOËLLE LONG, *Il ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2007, p. 1828, rinviene la *ratio* del divieto di adozione direttamente nel Corano e, ricostruendo l'istituto che qui stiamo analizzando, illustra come «[l']utilizzo sistematico della *kafalah* ... come strumento pubblico di protezione del trovatello (*laqit*) risale alla fine del colonialismo, durante il quale i Paesi del Maghreb avevano utilizzato largamente l'adozione per la protezione dei minori abbandonati: con la *kafalah*, infatti, i legislatori hanno tentato di realizzare un temperamento tra chi premeva per recepire nella legislazione i precetti del Corano, tra cui il divieto di adozione, e chi premeva per una modernizzazione secondo il modello occidentale, e quindi per riconoscere agli affidatari la facoltà di trasmettere nome e patrimonio al minore».

<sup>13</sup> Una breve ma concisa descrizione della situazione religiosa, politica, economica e sociale della *Jahiliyya*, anche in raffronto con l'era islamica, è contenuta in MOHD SHUKRI HANAPI, *From Jahiliyyah to Islamic worldview: in a search of an Islamic educational philosophy*, in *International Journal of Humanities and Social Science*, 3, 2013, pp. 213-221.

<sup>14</sup> JOËLLE LONG, *Il ricongiungimento familiare*, cit., p. 1828 ss.

<sup>15</sup> NADJMA YASSARI, *Adding by choice: adoption and functional equivalents in Islamic and Middle Eastern Law*, in *The American Journal of Comparative Law* 63, 2015, p. 932.

<sup>16</sup> NADJMA YASSARI, *Adding by choice*, cit., p. 934.

<sup>17</sup> FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 5. Il divieto di adozione nel diritto shariatico ha dato luogo a numerose interpretazioni. Per una sintesi, si veda NADJMA YASSARI, *Adding by choice*, cit., pp. 936-937.

templando l'adozione, ma assicurando tutela ai minori senza famiglia, i quali hanno diritto di essere assistiti al pari di altri bisognosi<sup>18</sup>, in osservanza del dovere di fratellanza e solidarietà espresso dalla legge divina<sup>19</sup>.

In questo solco, si inserisce l'istituto della *kafalah*, quale risposta 'al venir meno del ruolo svolto in precedenza dalla famiglia patriarcale' e, prima ancora, dai clan, con l'obiettivo di offrire al minore una 'protezione di carattere sociale' in sostituzione dei suddetti nuclei *lato sensu* familiari<sup>20</sup>.

Ciò deve essere letto anche alla luce del processo di codificazione, manifestatosi negli ordinamenti islamici soprattutto nel secolo appena trascorso con riguardo alla disciplina dello statuto personale e in materia di diritto di famiglia, considerandolo problematicamente per l'incidenza che lo stesso ha avuto rispetto all'applicazione della legge coranica fondamentale<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il diritto di famiglia islamico tra modernità e tradizione*, in MASSIMO PAPA (a cura di), *Questioni attuali di diritto musulmano e dei paesi islamici*, Bononia University Press, Bologna, 2002, p. 106, osserva che «il diritto islamico proibisce l'adozione, ma impone collettivamente alla comunità e individualmente a chi trova il bambino di origine ignota, il dovere di curarlo e di allevarlo». Valorizza la vocazione solidaristica dell'istituto della *kafalah* anche TIZIANA TOMEO, *La kafalah*, in *Comparazione e diritto civile*, 2, 2004, consultabile all'indirizzo: [http://www.comparationediritto civile.it/prova/files/ncr\\_tomeo\\_kafalah.pdf](http://www.comparationediritto civile.it/prova/files/ncr_tomeo_kafalah.pdf) (ultimo accesso 29 aprile 2019). Il profondo legame tra il diritto di famiglia, l'etica e la religione giustifica l'influenza ancora elevata in tale settore del diritto della legge islamica. Per una esauriente illustrazione si veda ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Giuffrè, Milano, 1990. In una diversa prospettiva, il divieto islamico di adozione è spiegato con motivazioni storiche: esso serviva a veicolare il messaggio di rinnovamento sociale di Maometto basato sulla fratellanza nell'Islam, a prescindere dall'estrazione personale, e a superare il sistema tribale che costituiva la base della società preislamica, in cui si ricorreva all'adozione per permettere a chi fosse senza figli di tramandare nome e patrimonio e ai clan di ingrandirsi. Si veda, *amplius*, JOËLLE LONG, *Ordinamenti giuridici occidentali, 'kafalah' e divieto di adozione*, cit., p. 178.

<sup>19</sup> Tale dovere è menzionato più volte nel testo coranico. Tra i vari passi, il versetto IX: 60 pone in capo di ogni musulmano l'obbligo di riservare una parte della propria ricchezza a soggetti deboli, appartenenti a varie categorie: «[...] le elemosine sono destinati agli indigenti, ed a' poveri, a coloro che le ricercano, a colori i di cui cuori sono stati acquistati dall'islamismo, al riscatto degli schiavi, a chi non ha mezzi di pagare, alla causa di Dio, e per i viaggiatori», *Il Corano*, trad. di VINCENZO CALZA, cit., p. 94. Si tratta della cosiddetta *zakah*, 'prelievo fiscale' che rappresenta il terzo pilastro dell'Islam e «l'essenza stessa della religione islamica, dato che colui che non la pratica non può definirsi a pieno titolo, appartenente alla comunità dei credenti», DANIELE ANSELMO, *La proprietà nel diritto islamico*, in ROBERTO CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori: beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, Giuffrè, Milano 2009, p. 210. Anche l'esigenza di proteggere gli orfani è diffusamente evidenziata nel Corano, come emerge dai versetti XVII:34, IV:2, IV:10, II:83 che impongono, a chi ne ha la facoltà, di amministrare i beni di costoro in maniera prudente e solo a loro vantaggio.

<sup>20</sup> EMANUELA GERMANO CORTESE, *La kafalah: aspetti giuridici e sociali*, in *Prospettive assistenziali*, 8, 2016, p. 193. Per una più completa esposizione di come sia avvenuto il passaggio che ha portato dalla proibizione dell'adozione all'introduzione della *kafalah*, si veda ANDREA BORRONI, *The kafalah*, cit., p. 32.

<sup>21</sup> Su tali aspetti, si veda ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Statuto Personale*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XIX, 1999, p. 53, e ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ (a cura di), *Dossier Mondo Islamico vol. 4. Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord Africa*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino

### 3. La kafalah nel diritto statale dei Paesi islamici

Gli ordinamenti giuridici islamici sono caratterizzati da una continua dialettica tra modernità e tradizione, tra diritto umano e divino<sup>22</sup>: intorno alla *sharia*, diritto rivelato e perciò immutabile, affidato all'interpretazione dei dotti (*fuqaha*), il legislatore positivo si sforza di elaborare riforme rispettose dei principi religiosi, secondo le regole della *siyasa sharia*<sup>23</sup>.

All'ondata di modernizzazione che ha investito i Paesi del Maghreb in seguito alla decolonizzazione non si è sottratta la disciplina in materia di famiglia, tradizionale roccaforte del diritto di ispirazione coranica<sup>24</sup>.

L'istituto della *kafalah* ha preso forma all'interno di questa opera di normazione, con esiti diversi a seconda dell'audacia riformistica dei vari Paesi.

Dall'analisi che segue risalta come, nonostante la comune origine sharia-tica, la *kafalah* abbia ispirato interventi legislativi nazionali che spaziano da un aperto modernismo (Tunisia), a un cauto riformismo (Marocco), fino ad arrivare a un più tradizionale scritturalismo (Algeria).

#### 3.1. Tunisia

Unico Stato del Maghreb ad aver riconosciuto l'adozione<sup>25</sup>, la Tunisia si

---

1997, p. 8, in cui si rileva come, in seno ai singoli ordinamenti giuridici di matrice islamica modernisti, «le riforme in materia di poteri dei genitori sui figli vanno nella direzione di una attenuazione della tradizionale contrapposizione tra wilaya e custodia: l'audacia dimostrata dai vari legislatori è tuttavia assai disuguale. Maggiore spazio è inoltre lasciato al giudice nella valutazione dell'interesse concreto del minore». Sui principi che disciplinano la filiazione nel diritto islamico si rimanda a AGOSTINO CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della Kafalah*, cit., pp. 224-226 e 231-235.

<sup>22</sup> GIAN MARIA PICCINELLI, *Introduzione*, in FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, cit., pp. XII-XIII.

<sup>23</sup> GIANMARIA AJANI, DOMENICA FRANCAVILLA, BARBARA PASA, *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 303-307.

<sup>24</sup> ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Il diritto di famiglia islamico tra modernità e tradizione*, cit., pp. 53-55.

<sup>25</sup> Allo stesso modo, Turchia e Somalia riconoscono l'adozione. In alcuni ordinamenti islamici del Sud Est Asiatico, come la Malaysia e l'Indonesia, essa è permessa solo ai non musulmani. Per contro, in altri Paesi dell'Asia, quali l'India e lo Sri Lanka, dove sono presenti minoranze islamiche, l'adozione è prevista anche per i musulmani. Cfr. EVA SCHLUMPF, *The legal status of children born out of wedlock in Morocco*, Center for Islamic and Middle Eastern Legal Studies, Università di Zurigo, Zurigo, 2016, p. 17, e NADJIMA YASSARI, *Adding by choice*, cit., p. 944). In Tunisia, prima del 1958, l'adozione era praticata di fatto nella forma di un'usanza secondo la quale la madre adottiva prendeva il bambino a proprio carico, come se nascesse da lei, poi faceva il gesto di allattarlo e pronunciava una formula con cui confermava di voler fare del bambino suo figlio. La cerimonia era accompagnata da una falsa dichiarazione di nascita alle autorità, come ricorda FAÏZA TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille, pp. 89-126.

distingue tra i Paesi musulmani per aver raggiunto il grado più avanzato di statalizzazione del diritto<sup>26</sup>, anche in materia familiare<sup>27</sup>.

Il riferimento normativo per la *kafalah* tunisina (*tutelle officieuse*) è rappresentato dalla legge n. 27 del 1958 (*Loi n. 1958 – 27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption*), che regola anche l'adozione piena (sezione III, articoli 8-17)<sup>28</sup> e prevede una forma di 'protezione statale' per i minori abbandonati od orfani (*tutelle publique*), affidati a un tutore (sezione I, articoli 1-2)<sup>29</sup>.

La *kafalah*, disciplinata alla sezione II della suddetta legge, è definita come l'atto (*'aqd*) con il quale una persona maggiorenne che gode dei diritti civili, oppure un ente di assistenza, resta obbligato a prendersi cura di un minore (articolo 3).

Si tratta del tipico caso di *kafalah* consensuale, che trova fonte in un accordo, stipulato davanti a due notai, tra il *kafil* ed entrambi i genitori del minore, o uno dei due, se l'altro è deceduto oppure è ignoto; in loro mancanza, il contratto è concluso tra il *kafil* e il tutore pubblico o chi ne fa le veci<sup>30</sup>.

Dalla lettera dell'ultimo comma dell'articolo 4 della legge discende che

---

<sup>26</sup> FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 12.

<sup>27</sup> A livello diacronico, terminato il Protettorato francese dal 1871 al 1956, il diritto di famiglia tunisino cambia radicalmente all'indomani dell'indipendenza: rapidamente viene approvata la *Magalla*, il Codice di statuto personale (*Décret n°229 del 13/08/1956 di promulgazione del Code de statut personnel*) che si applica indistintamente a tutti i tunisini a far data dal 1° ottobre 1957.

<sup>28</sup> Con una disposizione fortemente innovativa, il legislatore tunisino ha riconosciuto anche alle persone di fede musulmana il diritto di adottare. I requisiti dell'adottante sono previsti all'articolo 9 della legge n. 27 del 1958, dove non compare alcun riferimento al credo religioso: «L'adoptant doit être une personne majeure de l'un ou l'autre sexe, mariée, jouissant de la pleine capacité civile. Il doit être de bonne moralité, saint de corps et d'esprit et en mesure de subvenir aux besoins de l'adopté [...]». Parimenti, in tutte le questioni riguardanti custodia e affidamento, il superiore interesse del minore costituisce il criterio di attribuzione esclusivo. L'aspetto più interessante di tale orientamento consiste nel superamento di ogni ostacolo che precedentemente veniva attribuito alla disparità di culto. Con la sentenza n. 7286 del 2 marzo 2001, nota per aver operato un coraggioso *révirement* sul punto, la CORTE DI CASSAZIONE tunisina ha concesso la tutela di un minore musulmano alla madre non musulmana, respingendo l'argomento religioso sulla base di una concezione più moderna del superiore interesse del minore, che da quel momento è definito in dottrina come «clef de voûte de l'édifice législatif et jurisprudentiel en la matière» e «raison d'être même de l'institution de la garde». Si veda RIDHA BOUKHARI, *La protection de l'enfant en droit international privé tunisien: l'exemple de la garde (ou hadana)*, in *Revue québécoise de droit international*, 2010, pp. 91-114.

<sup>29</sup> Ai sensi dell'articolo 1, il tutore può essere individuato, alternativamente, nel rappresentante legale dell'ospedale, della casa di cura, dell'asilo nido, del direttore del centro di riabilitazione o del centro per l'infanzia, nei casi in cui il bambino sia stato affidato a uno di questi enti, oppure nel Governatore.

<sup>30</sup> ANNE LAURE FABAS-SERLOOTEN, *L'obligation de soins en droit privé*, Presses de l'Université Toulouse, Toulouse, 2015, pp. 154 -155, sottolinea la natura contrattuale della *kafalha*, atteso che essa trova fonte nella volontà delle parti e può essere revocata.

l'atto della *kafalah* sia omologato dal giudice. La necessità dell'intervento giudiziale trova conferma in una consolidata giurisprudenza<sup>31</sup>, secondo la quale in materia di *hadana*<sup>32</sup> esiste una riserva di ordine pubblico che impedisce l'attribuzione dell'affidamento in *kafalah* del minore per semplice accordo delle parti<sup>33</sup>.

Il *mafkul* conserva tutti i diritti verso i suoi ascendenti naturali; in particolare, ne mantiene il nome e i diritti successori (articolo 6).

La *kafalah* si estingue automaticamente al raggiungimento della maggiore età del minore.

Tuttavia il Tribunale, su richiesta del *kafil*, dei genitori naturali o del Pubblico Ministero, può revocare il contratto di *kafalah* nell'esclusivo interesse del minore (articolo 7).

Quello che ne scaturisce è un sistema unificato e moderno di diritto di famiglia, comparativamente più coraggioso se rapportato alle soluzioni in vigore negli ordinamenti giuridici vicini, come emerge dai seguenti aspetti: a) età minima e consenso obbligatorio al matrimonio; b) successione ereditaria per le donne; c) abolizione del ripudio e della poligamia; d) uguale diritto, per l'uomo e per la donna, di chiedere il divorzio<sup>34</sup>.

### 3.2. Marocco

Il Regno Maghrebino appartiene al gruppo degli ordinamenti a maggioranza islamica che ha esplicitamente proibito l'adozione.

L'articolo 149 del *Code de la famille – al Mudawwana* statuisce: «L'adoption est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime». Alla *kafalah* è invece dedicata una legge *ad hoc*, composta da trentadue articoli e promulgata con decreto n. 172 del 13 giugno 2002 (*Dahir*

---

<sup>31</sup> Cfr. CASSAZIONE CIVILE, 2 febbraio 1989, n. 20431; 8 marzo 1994, n. 38798; 21 maggio 1996, n. 49352; 22 aprile 1997, n. 57466.

<sup>32</sup> Istituto proprio del diritto musulmano, la *hadana* si compone principalmente di due elementi: la protezione del minore (sorveglianza e direzione) e la sua educazione di base. RIDHA BOUKHARI, *La protection de l'enfant*, cit., p. 91. Ai sensi dell'articolo 54 del Codice di statuto personale tunisino (Decreto del 13 agosto 1956): la *hadana (garde)* «... consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure».

<sup>33</sup> Secondo quanto affermato dalla *Cour de Cassation* nel suo *arrêt* del 21 aprile 1992: «la question de la hadhana touche à l'ordre public puisqu'elle se rapporte aux mineurs, il n'est donc pas permis de l'attribuer sur simple accord des parties sans l'intervention de la justice».

<sup>34</sup> Si veda JEANNE TUGAULT-LAFLEUR, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabomusulman et en Occident: une réconciliation est-elle possible?*, Université de Montréal, Faculté des études supérieures et postdoctorales, 2011.

*no 1-02-172 du 1er rabii II (13 juin 2002) portant promulgation de la loi no 15-01 relative à la prise en charge (la kafalah) des enfants abandonnés*).

Il sistema marocchino di tutela dei minori è articolato e complesso<sup>35</sup>.

Quanto alla *kafalah*<sup>36</sup>, essa è definita come «l'impegno di farsi carico della protezione, educazione e mantenimento di un minore abbandonato, così come farebbe un padre con il proprio figlio»<sup>37</sup>; la norma precisa, tuttavia, che l'istituto non crea legami di filiazione né ereditari (articolo 2, legge 15-01)<sup>38</sup>.

Il vincolo tra *makful* e famiglia di origine non si interrompe per effetto della *kafalah*, tanto che i genitori o uno dei due, venuti meno i motivi di abbandono del minore, possono ottenere giudizialmente la tutela dello stesso (articolo 29).

La legge sulla *kafalah* obbliga chiunque trovi un minore abbandonato a prestare a quest'ultimo l'assistenza di cui ha bisogno e a informare immediata-

---

<sup>35</sup> La nuova *Mudawwana* marocchina di cui alla legge n. 70/2003 dedica, per esempio, un lungo articolo – il numero 54 – alle responsabilità dello Stato e della famiglia nel garantire i diritti dei minori, dal nome alla nazionalità, al mantenimento, all'istruzione, alla formazione, all'inserimento nel mondo del lavoro. I minori sono, quindi, pienamente riconosciuti quali soggetti di diritto. Per una traduzione in lingua italiana del Codice di Famiglia, si veda KAOUTAR BADRANE, *Il Codice di famiglia in Marocco – Guida giuridica al diritto di famiglia in Marocco*, Libreriauniversitaria, Padova, 2012. Si ricordi, poi, che il Marocco ha ratificato la *Convenzione di New York sui diritti del fanciullo delle Nazioni Unite* nel giugno 1993 ed è attivamente impegnato ad allineare la propria legislazione ai principi della Convenzione. Oltre ad aver creato l'Osservatorio nazionale per i diritti del fanciullo, che promuove ogni anno il Congresso nazionale dei diritti del bambino, ha messo in opera un *Plan d'Action National* per l'infanzia e, in collaborazione con diverse realtà culturali, organizza giornate di studio dedicate a tematiche legate ai minori. Cfr. AGOSTINO CILARDO (a cura di), *La tutela dei minori nella legislazione dei Paesi islamici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 343. Si vedano anche ANNA MARIA GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Nuova giur. civ. comm.* I, 2003, p. 149; CHIARA E. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, pp. 43-80; JOELLE LONG, *Kafalah, la Cassazione fa il passo del gambero*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* I, 2010, p. 836.

<sup>36</sup> La legge sulla '*prise en charge des enfants abandonnés*' si compone di trentadue articoli suddivisi in sette capitoli: il capitolo I (articoli 1-8) riguarda le disposizioni generali, il capitolo II (articoli 9-20) la condizione giuridica del minore abbandonato, il capitolo III (articolo 21) la procedura di registrazione dell'ordinanza relativa alla *kafalah* del minore abbandonato sui registri di stato civile, il capitolo IV (articoli 22-24) gli effetti dell'ordinanza relativa alla concessione della *kafalah*, il capitolo V (articoli 25-29) le cause della fine della *kafalah*, il capitolo VI (articoli 30-31) le disposizioni penali; il capitolo VII (articolo 32) contiene le disposizioni finali.

<sup>37</sup> Poiché l'istituto della *kafalah*, accanto al fine di consentire la cura di minori che non hanno la possibilità di crescere nella famiglia d'origine, prevede anche l'educazione del *makful* secondo la fede musulmana, il governo marocchino ha dettato una circolare (n. 40 S/2), in cui indicava di respingere le domande di *kafalah* avanzate da stranieri non residenti abitualmente in Marocco, facendo poi a essa seguire una proposta di legge di riforma della *kafalah* giudiziaria che rendesse più stringenti i requisiti per gli aspiranti *kafil* stranieri.

<sup>38</sup> *Ex* articolo 2, «la prise en charge (la kafalah) d'un enfant abandonné, au sens de la présente loi, est l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant. La kafalah ne donne pas de droit à la filiation ni à la succession».

mente del ritrovamento i servizi di polizia oppure le autorità locali (articolo 3).

La violazione di tale obbligo è sanzionata penalmente (articolo 31).

Accanto alla *kafalah* giudiziale, il legislatore ha previsto anche un tipo di *kafalah* consensuale, operante nel caso in cui sussista un vincolo di parentela tra *kafil* e minore<sup>39</sup>.

Quale che sia l'*iter* di affidamento del minore, la *kafalah* termina quando vengono meno le condizioni che l'hanno determinata.

La causa principale della sua conclusione è il raggiungimento della maggiore età da parte del *makful*; tuttavia, questa regola non si applica nei confronti della giovane non sposata o del minore disabile oppure incapace di provvedere autonomamente ai propri bisogni.

La *kafalah* viene meno anche in caso di: a) decesso del minore, oppure dei coniugi affidatari, o della sola donna affidataria; b) sopravvenuta incapacità del *kafil* a ottemperare agli obblighi discendenti dalla *kafalah*; c) cessazione dell'attività dell'istituzione, organismo o associazione che provvede alla cura e al mantenimento del minore; d) ordinanza emessa dal giudice tutelare in caso di violazione degli obblighi di cui è gravato il *kafil* (revoca della *kafalah*, a tutela dell'interesse superiore del minore), ovvero in ipotesi di rinuncia al proprio ruolo da parte di quest'ultimo (articolo 25), con contestuale nomina giudiziale di un nuovo affidatario (articolo 28).

I legami tra minore *sub kafalah* e famiglia naturale, nonché quelli con i precedenti tutori, non si interrompono completamente. Infatti, la legge riconosce il diritto di visita dei genitori, dei parenti, del precedente *kafil*, del rappresentante dell'istituzione, pubblica o privata, dove il minore era stato accolto, e di qualsiasi persona che si sia occupata dello stesso quando si trovava in stato di abbandono (articolo 27).

---

<sup>39</sup> Mentre la *kafalah* consensuale è istituita a mezzo di un accordo tra *kafil* e famiglia di origine del minore, quella giudiziaria si snoda attraverso un lungo percorso procedurale, che vede in primo luogo una fase istruttoria, diretta a verificare il possesso da parte dell'affidatario dei requisiti stabiliti dalla legge: deve trattarsi di una coppia di coniugi o di una sola donna, musulmani, maggiorenni, moralmente e socialmente idonei, nonché dotati dei mezzi materiali sufficienti a far fronte ai bisogni del minore (articolo 9, lett. a). Preliminarmente, «il richiedente deve depositare un dossier presso il giudice tutelare costituito dall'atto di abbandono del minore e da una lettera che ne esprima l'interesse alla presa in carico, corredata da una serie di documenti che accertino il possesso dei requisiti di legge. Sui futuri affidatari viene svolta un'indagine da parte di funzionari delegati, che ha per oggetto la moralità, le attitudini sociali e le condizioni economiche», al cui esito positivo il giudice tutelare emana un'ordinanza di custodia e nomina il *kafil* tutore del minore (ALESSANDRA BISIO, *Multiculturalità e diritto: la kafalah tradizione per l'oriente, sfida per l'occidente*, in *Quaderni ibero-americani*, 2011, p. 10. Il provvedimento di *kafalah* è annotato a margine dell'atto di nascita e il *kafil* può attribuire il proprio cognome all'affidato (articolo 20, legge n. 97-99 sullo stato civile, *dahir* n. 1-02-239 del 3 ottobre 2002), con una previsione che avvicina la *kafalah* islamica all'adozione occidentale. Cfr. JOELLE LONG, *Il ricongiungimento familiare*, cit., p. 1828 ss.

### 3.3. Algeria

In Algeria, la *kafalah* è espressamente prevista e disciplinata dal Codice della Famiglia, al libro II, capitolo VII, intitolato *Dell'affidamento legale (kafalah)*.

La *kafalah* algerina differisce dall'omonimo istituto previsto dal diritto di famiglia tunisino e marocchino perché il *kafil* non rappresenta semplicemente un 'custode' del *makful*, ma ne ha la rappresentanza legale (articolo 122 del Codice della Famiglia) e ne amministra il patrimonio.

Mentre in Tunisia e Marocco la responsabilità genitoriale è condivisa con le autorità pubbliche, in Algeria l'interferenza dello Stato è minima<sup>40</sup>.

Il *kafil* amministra i beni del minore, derivanti da successione, legato o donazione, nel suo interesse, come il buon padre di famiglia dovrebbe fare con il proprio figlio naturale<sup>41</sup>, ed è tenuto a offrire al minore le stesse opportunità riservate a quest'ultimo, sia all'interno della famiglia che nell'ambito dell'istruzione (articolo 121).

Il *kafil* può inoltre trasmettere il proprio nome al *makful*<sup>42</sup>.

Più nel dettaglio, l'istituto della *kafalah* è regolamentato nel libro II (*Rappresentanza legale*), capitolo VII, articoli 116-125, del Codice della Famiglia<sup>43</sup>, che ha un ambito di applicazione soggettivo comprendente i cittadini algerini e i residenti sul territorio nazionale (articolo 221).

La *kafalah* è definita come 'impegno a titolo gratuito'<sup>44</sup> di farsi carico del mantenimento, dell'educazione e della cura di un minore, parimenti a quanto avviene per un proprio figlio.

Essa deve risultare da un atto (articolo 116)<sup>45</sup> stipulato davanti al Tribunale

---

<sup>40</sup> ANDREA BORRONI, *The Kafalah*, cit., p. 34.

<sup>41</sup> La stessa previsione è disposta dall'articolo 2 della legge marocchina sulla *kafal* dei minori abbandonati (*dahir* n. 1-02-172 del 13 giugno 2002), ai sensi del quale il *kafil* ha l'obbligo di «farsi carico della protezione, dell'educazione e del mantenimento di un minore abbandonato, esattamente come farebbe un genitore con il proprio figlio», TIZIANA TOMEIO, *La kafalah*, cit., p. 2; si veda anche SILVIA MONDINO, *Diversità culturali e best interest of the child. I giudici italiani e i genitori marocchini tra enunciati di diritto e rappresentazioni normative*, Ledizioni, Milano, 2017, p. 56.

<sup>42</sup> Decreto n. 157 del 1971, riguardante il mutamento del nome, modificato con Decreto n. 24 del 1992.

<sup>43</sup> Legge n. 84-11 del 9 giugno 1984, novellata nel 2005 alla luce del principio del *best interest of the child*. Cfr. NADJMA YASSARI, *Adding by choice*, cit., p. 954.

<sup>44</sup> TIZIANA TOMEIO, *La kafalah*, cit., p. 4.

<sup>45</sup> Letteralmente, l'articolo 116 del Codice della Famiglia afferma che: «L'affidamento legale (*kafalah*) consiste nell'impegno di prendere benevolmente in carico il mantenimento, l'educazione e la protezione di un minore, nel medesimo modo in cui il padre lo farebbe per il figlio. Esso è disposto con atto avente valore legale».

(ovvero omologato dal giudice con l'intervento del Pubblico Ministero) o un notaio (*adul*), con il consenso del minore, se i genitori di quest'ultimo sono noti (articolo 117), elemento che comporta il mantenimento della filiazione originaria (articolo 119).

Tuttavia, mentre la cosiddetta '*kafalah* privata', formalizzata dinanzi a un notaio, non è soggetta a norme particolarmente rigide, quella giudiziaria necessita la previa dichiarazione di abbandono del minore.

Il Codice algerino detta alcuni requisiti di cui il *kafil* deve essere in possesso: a) non deve esser affetto da infermità mentale; b) deve dimostrarsi idoneo a gestire gli affari del minore e capace di prendersi cura di quest'ultimo; c) deve essere di religione musulmana (articolo 118)<sup>46</sup>.

Nonostante l'assenza della reciproca vocazione ereditaria tra *kafil* e *makful*, la legge consente al *makful* di disporre un legato o un atto di liberalità a favore del minore, nel limite della quota disponibile di un terzo, secondo le regole della *sharia*<sup>47</sup>.

Se il legato o la donazione supera suddetta quota, si considera nullo l'ammontare superiore a un terzo, tranne nel caso in cui vi sia il consenso degli eredi (articolo 123).

In caso di *kafalah*, i genitori non perdono definitivamente la potestà sul minore. Infatti, entrambi o uno dei due possono chiedere il ritorno del figlio sotto la propria tutela legale, ma la reintegrazione è rimessa alla libera scelta del minore, qualora lo stesso abbia raggiunto 'l'età del discernimento' (articolo 124).

Infine, giova sottolineare che, come avviene in Marocco, anche nell'ordinamento algerino il *kafil* può rinunciare o alla tutela del minore in *kafalah* con atto della medesima autorità che gli aveva conferito l'affidamento, previa notificazione al Pubblico Ministero<sup>48</sup>.

In caso di morte del *kafil*, la *kafalah* si trasferisce ai suoi eredi, ma solo se questi ne assumano l'impegno; altrimenti, il giudice affida la cura del minore a un'istituzione competente in materia di assistenza (articolo 125).

In sintesi, in Algeria, con tale modalità di affidamento, il *kafil* assume la tutela legale del minore, senza che ciò equivalga all'adozione (*tabanni*), espressamente vietata in tale Paese *ex* articolo 46 del Codice della Famiglia.

---

<sup>46</sup> Ai sensi del quale, «il titolare del diritto di affidamento legale (*kafil*) deve essere mussulmano, avveduto, onesto, capace di mantenere il minore affidatogli (*makful*) e di proteggerlo».

<sup>47</sup> AGOSTINO CILARDO, *Il minore nel diritto islamico*, cit., p. 243. La successione legittima si apre su due terzi del patrimonio, che pertanto restano indisponibili. Del terzo residuo si può disporre con atto di ultima volontà. Cfr. sul punto, FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, cit., pp. 60-61.

<sup>48</sup> Tale possibilità è prevista dall'articolo 125 del Codice di famiglia algerino. Analogamente, l'articolo 25 della legge marocchina sulla *kafalah* contempla «l'annulation du droit d'assurer la *kafalah* par ordonnance judiciaire ... en cas de désistement de ladite personne ...».

#### 4. *La circolazione della kafalah nella Western Legal Tradition*

Il diritto dei minori è un ambito per sua natura poco suscettibile a essere compreso entro i limiti della giurisdizione nazionale<sup>49</sup>, non solo perché i casi trattati riguardano molto spesso questioni che superano i confini dei singoli Stati (si pensi alle richieste di ricongiungimento o di adozione internazionale)<sup>50</sup>, ma soprattutto per il fatto che la qualità dei diritti coinvolti rimanda a un sistema di valori e principi ascrivibile a una categoria ‘universale’, come quella dei diritti umani<sup>51</sup>. Per la delicatezza, la complessità e la vastità della materia, il dialogo tra le corti si è imposto quasi naturalmente: le giurisdizioni statali fondano le loro motivazioni sulle Carte internazionali dei diritti, contribuendo a formare in questo settore una giurisprudenza dal respiro sovranazionale<sup>52</sup>.

##### 4.1. *Le norme pattizie*

L’istituto della *kafalah* ha fatto ingresso nel diritto internazionale pattizio solo nel 1989, con l’adozione della *Convenzione delle Nazioni Unite Sui Diritti del Fanciullo* (in seguito, CRC)<sup>53</sup>, il cui articolo 20 prevede l’obbligo per gli Stati parte di prestare ‘speciale protezione e assistenza’ al minore che venga privato, permanentemente o temporaneamente, dell’ambiente familiare o che nel suo interesse non possa essere lasciato in tale ambiente.

In questi casi, gli Stati devono garantire al fanciullo cura e assistenza alter-

---

<sup>49</sup> Cfr., in generale, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza – Profili normativi e ordinamenti giurisprudenziali*, Utet Giuridica, Torino, 2008.

<sup>50</sup> Cfr. GABRIELLA CARELLA, *La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani*, in ENNIO TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata. XIV Convegno SIDI Bari, 18-19 giugno 2009*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; LUIGI FADIGA, *L’adozione internazionale*, in GIORGIO COLLURA, LEONARDO LENTI, MANUELA MANTOVANI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia, II, Filiazione*, Giuffrè, Milano, 2002; GIUSEPPINA PIZZOLANTE, *La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 947 ss.

<sup>51</sup> GIOVANNI MANERA, *Prime impressioni e valutazioni della Convenzione europea di Strasburgo sull’esercizio dei diritti dei fanciulli*, in *Giur. Merito*, 1, 2004, p. 166.

<sup>52</sup> CLAUDIO COTTATELLUCCI (a cura di), *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 7-9; LOUIS D’AVOUT, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, in ÉDOUARD DUBOUT, SÉBASTIEN TOUZÉ (a cura di), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres juridiques*, Pedone, Paris, 2010, p. 165 ss.

<sup>53</sup> ELENA FALLETTI, *La filiazione. Questioni sostanziali, processuali, internazionali nell’analisi della giurisprudenza*, Halley ed., Macerata, 2007, pp. 18-20. MASSIMO DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l’autonomia del minore*, in PIERO SCHLESINGER (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 113.

native, secondo le rispettive legislazioni.

Tra gli interventi assistenziali, la CRC menziona la *kafalah* islamica.

L'articolo 20 puntualizza che, nella scelta delle diverse soluzioni, oltre alla necessità di garantire continuità nell'educazione del fanciullo, deve tenersi conto della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica<sup>54</sup>.

La partecipazione dei Paesi islamici e il peso esercitato dal mondo arabo in seno all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite hanno consentito di introdurre nella CRC sia il riferimento alla *kafalah* che, a sostegno di essa, il dovere di rispettare il *background* culturale del minore<sup>55</sup>.

Anche la Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, conclusa a L'Aia il 19 ottobre 1996 (HCCH)<sup>56</sup> prevede norme destinate a rafforzare la protezione dei minori nelle situazioni a carattere internazionale e a evitare conflitti tra i sistemi giuridici degli Stati firmatari in materia di competenza, legge applicabile, riconoscimento ed esecuzione delle misure di protezione dei minori. Ai sensi dell'articolo 3, lettera e), di detta Convenzione, le misure di protezione dei minori possono riguardare, in particolare, 'il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafalah* o istituto analogo'<sup>57</sup>. Inoltre, l'articolo 4, lettera b), della medesima Convenzio-

---

<sup>54</sup> GABRIELE CAPAREZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, 2018, p. 223 ss.

<sup>55</sup> La proclamazione internazionale dei diritti dell'infanzia era avvenuta trent'anni prima, il 20 novembre 1959, con la Dichiarazione di New York che, sebbene approvata all'unanimità in Assemblea Generale, si risolveva in una mera affermazione di intenti, priva di efficacia vincolante per gli Stati firmatari. Inoltre, la Dichiarazione restava espressione di una visione occidentale, basata sull'antagonismo ideologico tra Stati Uniti e URSS: diritti e libertà individuali *contra* diritti economici e sociali.

<sup>56</sup> In armonia con la CRC, la Convenzione dell'Aia pone in primo piano gli interessi del minore, subordinando a essi ogni altra esigenza; come la precedente del 1961, essa reca norme di diritto internazionale privato, dirette a individuare il giudice competente e la legge applicabile rispetto a fattispecie internazionali, a regolare la circolazione internazionale delle decisioni e a disciplinare la cooperazione fra autorità di Stati diversi con riferimento alle misure per la protezione dei minori. La Convenzione vincola attualmente 49 Stati, tra i quali tutti i Paesi membri dell'Unione Europea e il Marocco, primo firmatario. Il principale criterio di collegamento, idoneo a determinare tanto la competenza, quanto la legge applicabile, è costituito dal luogo di residenza abituale del minore (articolo 5).

<sup>57</sup> L'articolo 33 della Convenzione detta disposizioni particolari in caso di collocamento del minore in affidamento ovvero di sua 'assistenza legale tramite *kafalah*' o istituto analogo. In tale ipotesi, infatti, al contrario di quanto accade per tutte le altre misure di protezione che sono riconosciute 'di pieno diritto', qualora l'autorità competente ai sensi della Convenzione (nella maggior parte dei casi, quella dello Stato contraente in cui il minore abbia la residenza abituale) prospetta che il minore venga affidato ovvero collocato in 'assistenza legale' presso una persona, una famiglia ovvero un istituto che si trovi in un diverso Stato contraente, dovrà preventivamente consultare l'autorità centrale (o un'altra autorità a tal fine designata) dello Stato contraente in cui il minore sarà collocato, inoltrando un rapporto sul minore e sui motivi della proposta. Il collocamento o l'assistenza legale potranno essere

ne esclude dall'ambito di quest'ultima 'la decisione sull'adozione e le misure che la preparano, nonché l'annullamento e la revoca dell'adozione'.

La *relazione Lagarde* esplicativa sulla Convenzione dell'Aia del 1996 fornisce indicazioni che ne consentono una migliore comprensione. Essa mette in risalto che 'la Convenzione del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori<sup>58</sup> utilizza[va] il termine 'misure di protezione' senza darne una definizione. Le delegazioni degli Stati che non aderiscono a questa Convenzione richiesero, se non una definizione, almeno un elenco delle questioni su cui potrebbero vertere tali misure. Dal momento che queste variano nei singoli ordinamenti nazionali, l'elenco di questo articolo rivest[iva] una funzione meramente esemplificativa'. Inoltre, con riferimento all'articolo 3, lettera e), la relazione indica che '[l]e misure di collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto sono i prototipi delle misure di protezione e sono ovviamente coperte dalla Convenzione'. Infine, si specifica che «la *kafalah* non è un'adozione, vietata

---

disposti solo se l'autorità dello Stato richiesto abbia approvato espressamente la misura, tenuto conto del 'superiore interesse del minore'. Tale forma di consultazione conferisce all'autorità dello Stato di accoglienza un potere di controllo sulla decisione e consente di determinare in anticipo le condizioni di soggiorno del minore nello Stato, in particolare per quanto riguarda il rispetto della legislazione interna in materia di immigrazione in vigore in tale Stato e la ripartizione dei costi derivanti dall'esecuzione della misura di collocamento. Cfr. SERGIO M. CARBONE, ILARIA QUEIROLO, *Unione Europea e diritto di famiglia: la progressiva 'invasione' degli spazi riservati alla sovranità statale*, in SERGIO M. CARBONE, ILARIA QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Giappichelli, Torino 2008, 1 ss. La mancata osservanza di tale procedura preliminare di consultazione è sanzionata con il diniego di riconoscimento della misura di collocamento (articolo 23, paragrafo 2, lettera f). Cfr. ALBERTO SALZANO, *Note sull'applicazione della Convenzione de L'Aia del 25 ottobre 1980 in Italia e all'estero (a proposito di Cass. 27 maggio 2008 n. 13829)*, in *Dir. famiglia*, 4, 2009, p. 2004.

<sup>58</sup> Consultabile all'indirizzo: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=39>. PAUL LAGARDE, *Rapport explicatif*, par. 23, p. 547: «The measures of placement of a child in a foster family or in institutional care are somewhat the prototypes of measures of protection and are obviously covered by the Convention, unless expressly excluded, as is placement with a view to adoption or placement following a criminal offense committed by the child (Art. 4 band i ...). Sub-paragraph e mentions in particular «the provision of care by *kafalah* or an analogous institution». The Moroccan delegation had furnished to the Special Commission a detailed note on the institution of Islamic law known as the *kafalah* and a new document [...] was produced during the Diplomatic Session describing the procedure for *kafalah* established by the Moroccan law of 10 September 1993. From this it appeared that a child in need of protection may be entrusted either by a decision of the guardianship judge or by an administrative commission to a public or social institution or to a Muslim family which will care for the child's person (shelter, maintenance, education) and, if needed, for the property of the child and who, if necessary, would receive delegation of guardianship over the child. The *kafalah* is not an adoption, which would be forbidden by Islamic law, and it produces no effect on the parent-child relationship. The child who benefits from it does not become a member of the family of the *kafil* and this is the reason why *kafalah* is not covered by the Convention of 29 May 1993 on intercountry adoption. But it is indisputably a measure of protection, which for this reason must fall within the scope of application of a convention on the protection of children» consultabile all'indirizzo: <https://assets.hcch.net/upload/exp134.pdf> (ultimo accesso, 19 aprile 2019).

dal diritto islamico, e non produce alcun effetto sul rapporto di filiazione. Il minore che ne beneficia non diventa membro della famiglia del kafil e questa è la ragione per cui la *kafalah* non è coperta dalla Convenzione sull'adozione internazionale del 29 maggio 1993. Ma essa è indiscutibilmente una misura di protezione, ragione per cui deve entrare nel campo di applicazione di una convenzione sulla protezione dei minori».

#### *4.2. La kafalah nel diritto primario e secondario dell'Unione Europea*

Il diritto minorile europeo ha subito una forte accelerazione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), quando l'Unione ha fatto rientrare i diritti umani, e con essi i diritti dell'infanzia, tra gli obiettivi primari della propria azione<sup>59</sup>.

Il minore è attenzionato dal legislatore europeo quale soggetto debole, in piena linea con le tradizioni costituzionali di alcuni Stati membri<sup>60</sup>, e accanto ad altre categorie "protette", come quella delle donne.

In base all'articolo 3 del Trattato UE, l'Unione deve "promuovere i diritti del minore"; l'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea pone la protezione dei minori tra i diritti fondamentali e stabilisce che

---

<sup>59</sup> LUCIA SERENA ROSSI, *Il rapporto tra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.*, in GIUSEPPE BRONZINI, FAUSTA GUARRIELLO, VALERIA PICCONE (a cura di), *Le scommesse dell'Europa*, Ediesse, Roma, 2009, 73 ss. MIRJAM DE MOL, *Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 293 ss.; CHIARA FAVILLI, *The principle of non-discrimination from Grant to Küçükdeveci, via Mangold*, in *European Journal of Social Law*, 2011, p. 141 ss.; FILIPPO FONTANELLI, *General principles of the EU and a Glimpse of Solidarity in the Aftermath of Mangold and Küçükdeveci*, in *European Public Law*, 2011, p. 225 ss. Prima di Lisbona, il formante giurisprudenziale e quello normativo avevano attenzionato la questione minorile solo *a latere* e in conseguenza del riconoscimento "ai genitori lavoratori di esercitare il diritto alla libera circolazione" sul territorio comunitario. Cfr. ANNALISA FURIA, *L'Unione Europea*, in A.A.V.V., *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori: Strumenti normativi, politiche e strategie a livello internazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 164. La stessa Autrice sottolinea che il crescente interesse per la tutela dei minori ha interessato diversi ambiti del diritto dell'Unione Europea, determinando una frammentaria regolamentazione e la coesistenza di strumenti di *soft law* accanto a norme di diritto primario e derivato spesso non dialoganti tra loro, in una intricata matassa che si è dipanata solo con le modifiche apportate al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e l'introduzione della struttura a "tre pilastri", che ha consentito di non limitare gli interventi a favore dell'infanzia al solo piano della cooperazione intergovernativa tra gli Stati.

<sup>60</sup> In primo luogo, quella italiana, in cui «l'enfasi del Costituente non è caduta tanto sui diritti del minore, quanto semmai sui doveri nei confronti del minore, doveri che ricadono sui genitori, sui pubblici poteri e, in ultima analisi, sull'intera collettività. Il minore è sempre visto nelle sue relazioni con altri soggetti, dai quali ci si aspetta che il minore possa trovare un valido sostegno per il corretto sviluppo della sua personalità», PAOLO PASSAGLIA, *I minori nel diritto costituzionale*, in FRANCESCA GIARDINA, ENZA PELLECCIA (a cura di), *Una voce per i minori: il progetto SCREAM contro lo sfruttamento del lavoro minorile*, Titivillus, Corazzano, 2008, p. 93.

in tutti gli atti relativi ai fanciulli l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente.

Il diritto derivato dell'Unione Europea in materia si fonda sulla direttiva 2004/38, che disciplina il 'diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri'.

A tenore dell'articolo 3, paragrafo 1, l'ambito di applicazione della direttiva 2004/38 comprende qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché i familiari che, ai sensi dell'articolo 2, punto 2, della direttiva stessa, accompagnano o raggiungono il cittadino medesimo.

Tra i familiari di un cittadino dell'Unione rientrano, in particolare, in conformità dell'articolo 2, punto 2, lettera c), della direttiva, anche i 'discendenti diretti', minori di 21 anni di età o a carico del primo.

Tuttavia, la direttiva qui attenzionata non effettua alcun rinvio esplicito alla legge nazionale per determinare il significato e l'estensione della nozione di 'discendente diretto'. Ne deriva che, per garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione e il rispetto del principio di uguaglianza, i termini di detta espressione devono tradursi, in tutti i Paesi dell'UE, secondo una interpretazione autonoma e uniforme<sup>61</sup>, che tenga conto non soltanto della lettera della norma, ma anche del contesto in cui è inserita e degli scopi perseguiti dalla direttiva<sup>62</sup>.

Per tale profilo, «occorre rilevare che la nozione di 'discendente diretto' rinvia di solito all'esistenza di un legame di filiazione, in linea diretta, che unisce la persona interessata ad un'altra persona. In assenza di qualsiasi legame di filiazione tra il cittadino dell'Unione e il minore interessato, quest'ultimo non può essere qualificato come 'discendente diretto' del primo, ai sensi della direttiva 2004/38»<sup>63</sup>.

D'altronde, pur riguardando tale nozione principalmente la presenza di un vincolo di filiazione biologica, occorre ricordare che, conformemente ad una giurisprudenza costante, la direttiva 2004/38 mira ad agevolare l'esercizio del diritto fondamentale e individuale di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, riconosciuto ai cittadini dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE. In questo solco, la direttiva in esame si propone segnatamente lo scopo di rafforzare una delle cosiddette 'quattro libertà fon-

---

<sup>61</sup> Si veda, in tale direzione, la sentenza del 21 dicembre 2011, *Ziolkowski et Szeja*, C424/10 e C425/10, EU:C:2011:866, punto 32.

<sup>62</sup> *Sentenza del 7 ottobre 2010, Lassal*, C162/09, EU:C:2010:592, punto 49.

<sup>63</sup> *Sentenza della Corte (Grande Sezione) nella causa C-129/18 SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, par. 52.

damentali<sup>64</sup>.

Alla luce delle sopracitate finalità, le disposizioni della direttiva 2004/38, ivi compreso il suo articolo 2, punto 2, non possono che essere interpretate estensivamente<sup>65</sup>. In tal senso, la nozione di ‘legame di filiazione’ includerà qualsiasi legame di natura biologica o giuridica. I confini di tale linea euristica non possono, di contro, autorizzare un’interpretazione in base alla quale venisse qualificato come ‘discendente diretto’ un minore sottoposto a tutela legale di un cittadino dell’Unione<sup>66</sup>.

*Rebus sic stantibus*, un minore posto sotto il regime della *kafalah* deve considerarsi quale ‘altro familiare’ ex articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38.

In base alla lettera di tale disposizione, gli Stati membri, conformemente alla loro legislazione nazionale, agevolano l’ingresso e il soggiorno di «ogni altro familiare, ... se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell’Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale».<sup>67</sup>

Sotto l’ombrello di tale norma, un minore che è stato posto, presso cittadini dell’Unione, sotto un regime di tutela legale quale la *kafalah* e di cui questi ultimi si occupano del mantenimento, dell’istruzione e della protezione, in forza di un impegno assunto sulla base del diritto del Paese d’origine del primo, rientra nella nozione di “altro familiare” appena descritta<sup>68</sup>.

Lo scopo dell’articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38, consiste, come risulta dal Considerando 6 della medesima, nel «preservare l’unità della famiglia in senso più ampio senza discriminazione in base alla nazionalità». Prosegue, poi, la norma: «la situazione delle persone che non rientrano nella definizione di familiari ai sensi della presente direttiva, e che pertanto non godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante, dovrebbe essere esaminata dallo Stato membro ospitante sulla base della propria legislazione nazionale, al fine di decidere se l’ingresso e il soggiorno possano essere concessi a tali persone, tenendo conto della loro relazione con il cittadino dell’Unione o di qualsiasi altra circostanza».

---

<sup>64</sup> *Sentenze del 12 marzo 2014, O. e B., C456/12, C258/12, EU:C:2014:135, punto 35, e del 5 giugno 2018, Coman e a., C673/16, EU:C:2018:385, punto 18.*

<sup>65</sup> *Sentenza della Corte (Grande Sezione) nella causa C-129/18 SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section, par. 53.*

<sup>66</sup> Punto 2.1.2 della Comunicazione COM (2009) 313 final.

<sup>67</sup> Articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38

<sup>68</sup> IVAN LIBERO NOCERA, *Al minore tutelato dalla ‘kafalah’ islamica può essere concesso il diritto di ingresso e di soggiorno. Nota a Corte giustizia UE, 26 marzo 2019, n.129, Grande Sezione*, in *Diritto & Giustizia*, 3, 2019, p. 57.

za, quali la dipendenza finanziaria o fisica dal cittadino dell'Unione»<sup>69</sup>.

La discrezionalità di cui ciascuno Stato membro dispone in merito alla scelta degli elementi da prendere in considerazione, deve essere, tuttavia, esercitata alla luce e nel rispetto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>70</sup>. Ciò deve, in ogni caso, conformarsi al significato abituale del termine 'agevola', non potendo privare la norma del suo effetto utile. In sede di attuazione dell'obbligo di agevolare l'ingresso e il soggiorno degli altri familiari, le autorità nazionali competenti dovranno quindi considerare l'interesse superiore del minore, come delineato nella CRC<sup>71</sup>, procedendo a una valutazione equilibrata e ragionevole di tutte le circostanze attuali e pertinenti del caso di specie. Tale valutazione deve fondarsi, in particolare, su (i) l'età in cui il minore è stato sottoposto al regime della *kafalah*, (ii) l'esistenza di una vita comune che il minore conduce con i suoi tutori a partire dalla sua sottoposizione a tale regime, (iii) il grado delle relazioni affettive che si sono instaurate tra il minore e i suoi tutori, nonché (iv) il livello di dipendenza del minore nei confronti dei suoi tutori, per il fatto che questi ultimi assumono la potestà genitoriale e l'onere legale e finanziario di prendersi cura del minore<sup>72</sup>.

Nell'ambito di tale valutazione, si deve altresì tener conto degli eventuali rischi, concreti e individualizzati, che il minore interessato sia vittima di un abusi, di sfruttamento o di tratta<sup>73</sup>.

In ipotesi di positivo esito del processo valutativo, anche alla luce dei requisiti connessi al diritto fondamentale al rispetto della vita familiare e dell'in-

---

<sup>69</sup> Conformemente a tale disposizione, gli Stati membri devono prevedere la possibilità di ottenere una decisione (motivata anche in caso di rigetto) sulla domanda degli interessati, fondata su un esame approfondito della loro situazione personale e che tenga conto dei diversi fattori pertinenti. *Sentenza della Corte (Grande Sezione) nella causa C-129/18 SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, par. 62.

<sup>70</sup> Considerando 31 della direttiva 2004/38.

<sup>71</sup> A tal riguardo, l'articolo 7 della Carta riconosce il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Orbene, dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo emerge che le relazioni affettive che un minore in regime di *kafalah* intrattiene con il suo tutore possono rientrare nella nozione di vita familiare, considerato il tempo trascorso insieme, la qualità del rapporto e il ruolo assunto dall'adulto nei confronti del minore (v., in tal senso, *Corte EDU, 16 dicembre 2014, Chbihi Loudoudi e a. c. Belgio, CE:ECHR:2014:1216JUD 005226510*, § 78). Secondo tale orientamento, l'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali mette l'individuo al riparo dalle ingerenze arbitrarie dei pubblici poteri e impone a questi ultimi, allorché sia accertata l'esistenza di un vincolo familiare, di consentire allo stesso di svilupparsi, anche grazie a un'adeguata tutela giuridica che renda possibile l'integrazione del minore nella sua famiglia (v., in tal senso, *Corte EDU, 4 ottobre 2012, Harroudj c. Francia, CE:ECHR:2012:1004JUD 004363109*, § 40 e 41, nonché *Corte EDU, 16 dicembre 2014, Chbihi Loudoudi e a. c. Belgio, CE:ECHR:2014:1216JUD 005226510*, § 88 e 89).

<sup>72</sup> *Sentenza della Corte (Grande Sezione) nella causa C-129/18 SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, par. 69.

<sup>73</sup> *Idem*, par. 70.

teresse superiore del minore, il diritto di ingresso dovrebbe essere concesso per consentire al *kafil* di vivere con i suoi tutori nello Stato membro ospitante di questi ultimi<sup>74</sup>.

### 4.3. La kafalah nella giurisprudenza della Corte EDU

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito: Corte EDU) ha affrontato in due casi le criticità legate alla *kafalah*, in relazione all'adozione.

In un primo caso, dopo aver condotto un'autonoma analisi di diritto comparato, la Corte ha sottolineato che «nessuno Stato equipara la *kafalah* a un'adozione, ma in [Francia] e in altri Stati, essa produce effetti analoghi a quelli della tutela, della curatela o del collocamento a fini di adozione»<sup>75</sup>.

Inoltre, la Corte ha ribadito che l'articolo 8 della CEDU non garantisce il diritto di fondare una famiglia, né il diritto di adottare. Ciò non esclude, tuttavia, che gli Stati parte della CEDU possano comunque avere, in talune circostanze, l'obbligo positivo di consentire la formazione e lo sviluppo di legami, laddove esista una relazione familiare con un minore<sup>76</sup>.

Eppure, essa ha sostenuto che il rifiuto di assimilare la *kafalah* all'adozione piena non leda il diritto alla vita familiare, quando la normativa nazionale permette la rimozione del divieto, sempre se sia possibile rinvenire indizi oggettivi di integrazione del minore nella società (francese, nel caso concreto)<sup>77</sup>.

Nella seconda controversia<sup>78</sup>, la Corte EDU ha nuovamente analizzato il

---

<sup>74</sup> Si veda, da ultimo, Corte di giustizia dell'Unione Europea COMUNICATO STAMPA n. 41/19 Lussemburgo, 26 marzo 2019 *Sentenza nella causa C-129/18 SM / Entry Clearance Officer, UK Visa Section*.

<sup>75</sup> CEDU, *sentenza del 4 ottobre 2012, Harroudj c. Francia (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109, § 48)*, in cui viene ribadito quanto esposto al paragrafo 21: 'Nessuno dei ventidue Stati contraenti che sono stati oggetto di uno studio di diritto comparato... equipara una *kafalah* istituita all'estero ad un'adozione. Nei casi in cui i giudici nazionali hanno riconosciuto gli effetti di una *kafalah* pronunciata all'estero, essi l'hanno sempre assimilata a una tutela, una curatela o un collocamento a fini di adozione'. SILVIA MARINO, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2016, p. 797, riporta che, nel caso Harroudj, le autorità francesi hanno negato di trasformare la *kafalah* in un'adozione legittimante. SÉBASTIEN VAN DROOGENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002; MARC-ANDRÉ EISSEN, *Le principe de la proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in LOUIS EDMOND PETTITI, EMMANUEL DECAUX, PIERRE HENRI IMBERT (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant/LGDJ, Paris, 1995, p. 65 ss.

<sup>76</sup> *Ibidem* (§ 41).

<sup>77</sup> *Ibidem* (§§ da 46 a 52).

<sup>78</sup> *Sentenza del 16 dicembre 2014, Chbihi Loudoudi e a. c. Belgio (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510)*.

diritto alla vita familiare di cui all'articolo 8 della CEDU, ricordando che la presenza di 'legami familiari de facto' caratterizza l'applicabilità di detta disposizione.

Nella specifica situazione sulla quale era chiamata a pronunciarsi, essa ha ritenuto che l'esistenza di un vincolo basato sulla *kafalah* non si distingua dalla vita familiare nella sua accezione consueta e che la persistenza dei legami con la famiglia d'origine non escluda l'esistenza di una vita familiare con altre persone<sup>79</sup>.

Cionondimeno, la Corte EDU ha considerato che il rifiuto delle autorità belghe di equiparare l'adozione alla *kafalah* non privava i ricorrenti del diritto al riconoscimento del legame che li univa in altro modo (in quel caso, attraverso l'istituto della tutela officiosa)<sup>80</sup>.

La Corte EDU ha argomentato che era «necessario trovare il giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della società nel suo complesso» e che «lo Stato dispone di un certo margine di discrezionalità»<sup>81</sup>. Su tale base, essa doveva «anzitutto verificare se le decisioni dei giudici belgi di negare l'adozione abbiano ostacolato il corretto sviluppo dei rapporti familiari tra la minore e le persone che l'hanno accolta in *kafalah*»<sup>82</sup>.

La Corte EDU ha concluso che «il diniego dell'adozione non privava i ricorrenti del riconoscimento del legame che li univa. Infatti, il diritto belga offriva un'altra possibilità di accordare ai ricorrenti una tutela giuridica della loro vita familiare. Si tratta del procedimento di tutela officiosa il cui oggetto è abbastanza simile a quello della *kafalah*<sup>83</sup> ... e che consente a persone adulte di far riconoscere il loro impegno a mantenere e ad educare un minore»<sup>84</sup>.

Ne deriva, quindi, il riconoscimento agli Stati di un certo margine di apertura nell'individuare le soluzioni più idonee a proteggere il minore.

Ponendo in raffronto le due pronunce, i provvedimenti di diniego dell'adozione adottati dalle autorità giudiziarie del Belgio e della Francia sono stati reputati legittimi poiché in entrambi gli Stati esistono istituti alternativi adatti a tutelare il minore, nonché atti a consentire l'integrazione di quest'ultimo

---

<sup>79</sup> *Ibidem* (§§ 78 e 79).

<sup>80</sup> *Ibidem* (§§ 101 e 102).

<sup>81</sup> *Sentenza del 16 dicembre 2014 (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510, § 92)*.

<sup>82</sup> *Ibidem* (§ 93).

<sup>83</sup> La Corte EDU rinvia ai §§ 64 e 65 della medesima sentenza, nella quale essa descrive il regime di tutela officiosa trascrivendo l'articolo 475 bis del codice civile belga: «Qualora una persona di almeno 25 anni si impegni a mantenere un minore non emancipato, a educarlo e a metterlo in condizione di guadagnarsi da vivere, può divenirne il tutore officioso previo accordo tra coloro il cui consenso è necessario ai fini dell'adozione di minori».

<sup>84</sup> *Ibidem* (§ 102).

nella società, evitando al contempo di eliminare il collegamento con lo Stato di origine.

A livello tassonomico, la valutazione dell'interesse superiore del minore presenta un duplice aspetto: quello relativo al merito (che dipende, ovviamente, dalle circostanze che ricorrono nella situazione del minore) e quello riguardante le procedure per il suo apprezzamento.

Per ciò che attiene al merito, l'affidamento familiare soddisfa le esigenze di tutela dell'interesse superiore del minore, come ha considerato la Corte: «l'integrazione, continuativa e per un lungo periodo, nel nucleo familiare di un assistente genitoriale, di minori che, a motivo della loro situazione familiare difficile, presentano una particolare vulnerabilità, costituisce una misura appropriata per tutelare l'interesse superiore del minore, come sancito dall'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»<sup>85</sup>.

Quanto, invece, ai profili processuali, in caso di riconoscimento dei rapporti di adozione e di filiazione, gli strumenti convenzionali internazionali, proprio per garantire che sia preso in considerazione l'interesse superiore del minore, prevedono spesso regole complesse:

1) nel disciplinare l'adozione internazionale, la Convenzione dell'Aia del 1993 prevede una procedura di doppio controllo, nella quale intervengono le autorità del Paese di origine e del Paese ospitante<sup>86</sup>;

2) l'articolo 33 della Convenzione dell'Aia del 1996 istituisce, parimenti, un duplice meccanismo in base al quale, «quando l'autorità competente ai sensi degli articoli da 5 a 10 prospetta il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafalah* o istituto analogo, e quando tale collocamento o assistenza deve avvenire in un altro Stato contraente, essa consulta preliminarmente l'autorità centrale o un'altra autorità competente di quest'ultimo Stato»<sup>87</sup>.

In una prospettiva analoga, ma circoscritta alle norme del diritto dell'U-

---

<sup>85</sup> Sentenza del 20 novembre 2018, *Sindicatul Familia Constanța e a. (C147/17, EU:C:2018:926, punto 71)*. Nel caso di specie, si trattava di un istituto rumeno che «mira a integrare il minore che un assistente genitoriale ha ricevuto in custodia, continuativamente e per un lungo periodo, nel nucleo familiare di quest'ultimo» (punto 62). L'affidamento con tali caratteristiche presenta un contenuto analogo a quello della *kafalah* sotto il profilo della cura del minore.

<sup>86</sup> Articoli 4 e 5 nonché 14 e segg.

<sup>87</sup> Il paragrafo 2 del medesimo articolo aggiunge che «la decisione sul collocamento o l'assistenza può essere presa nello Stato richiedente solo se l'autorità centrale o un'altra autorità competente dello Stato richiesto ha approvato tale collocamento o assistenza, tenuto conto del superiore interesse del minore». La cooperazione tra le autorità dei diversi Stati riveste la massima importanza, dato che, a fronte della regola generale del riconoscimento *ex lege* delle misure adottate dalle autorità di uno Stato contraente, è ammesso il rifiuto, tra l'altro, nel caso in cui non sia stata rispettata la procedura di cui all'articolo 33 (v. articolo 23 della Convenzione dell'Aia del 1996).

nione Europea relative alle ipotesi nelle quali un affidamento realizzato in uno Stato membro debba produrre effetti in un altro, l'articolo 56 del regolamento n. 2201/2003 prevede una procedura di controllo a cui partecipano le autorità di entrambi gli Stati<sup>88</sup>.

Tali brevi richiami rilevano per sottolineare come la valutazione dell'interesse superiore del minore debba essere effettiva conciliando gli obiettivi originari dell'istituto della *kafalah* con il diritto alla vita familiare. Se, invece, si concedesse una qualche forma di riconoscimento automatico, sarebbe possibile ricorrere esclusivamente a un controllo *ex post*. Ciò sarebbe paradossale perché potrebbe portare all'affidamento in *kafalah* per il tramite di una decisione resa da uno Stato che non ha ratificato la Convenzione dell'Aia del 1996, con conseguenze immediate (senza che le autorità dello Stato ospitante possano sottoporre l'interesse superiore del minore a una valutazione preventiva), mentre le risoluzioni degli Stati firmatari di detta Convenzione dovrebbero essere sottoposte all'approvazione delle autorità dello Stato ospitante.

#### 4.4. *Il riconoscimento della kafalah nell'ordinamento francese ...*

I casi analizzati nel precedente paragrafo testimoniano come il rapporto tra *kafalah* e adozione sia quanto mai attuale in Europa.

Dal punto di vista definitorio, la Convenzione per la tutela dei bambini e la cooperazione nell'adozione internazionale (L'Aia, 29 maggio 1993) descrive l'adozione come creazione giuridica del legame caratterizzante il rapporto genitori-figli<sup>89</sup>.

Ne consegue che i singoli ordinamenti che riconoscono l'*adoptio plena* prevedono l'integrazione a tutti gli effetti dell'adottato nella famiglia dell'adottante<sup>90</sup>, in particolare per ciò che attiene ai diritti successori e dell'acquisi-

---

<sup>88</sup> «L'articolo 56, paragrafo 2, mira a permettere, da un lato, alle autorità nazionali competenti dello Stato richiesto di approvare o meno l'eventuale collocazione del minore di cui trattasi e, dall'altro, ai giudici dello Stato richiedente di sincerarsi, prima di adottare la decisione di collocare un minore all'interno di un istituto, che nello Stato richiesto verranno adottate le misure ai fini della collocazione al suo interno.... La collocazione deve essere approvata dall'autorità competente dello Stato membro richiesto prima che l'autorità giurisdizionale dello Stato membro richiedente abbia adottato la decisione di collocazione. Il carattere obbligatorio dell'approvazione è sottolineato dal fatto che l'articolo 23, lettera g), del regolamento prevede che una decisione relativa alla responsabilità genitoriale non sia riconosciuta se la procedura prevista dall'articolo 56 non è stata rispettata», *Sentenza* del 26 aprile 2012, *Health Service Executive (C92/12 PPU, EU:C:2012:255*, punti 80 e 81).

<sup>89</sup> Articolo 2: «La presente convenzione contempla unicamente le adozioni che creino un rapporto di parentela giuridico definitivo tra i genitori adottivi ed il bambino».

<sup>90</sup> MARIA LUISA LO GIACCO, *Religione e cultura nell'adozione internazionale*, in *Diritto e religioni*,

zione del nome di famiglia.

Se ciò è sempre vero per i Paesi firmatari della Convenzione, tali risultati non possono essere estesi alle legislazioni maghrebine sopra analizzate; da un lato, perché l'adozione (in due casi su tre, Marocco e Algeria) è proibita; dall'altro, perché i Paesi appartenenti alla famiglia del diritto islamico da sempre si sono rifiutati di aderire alla detta Convenzione<sup>91</sup>.

Posta questa premessa e considerato che, dal punto di vista operativo, gli ordinamenti europei vengono a contatto con la *kafalah* nel momento in cui il minore straniero giunge all'interno dei confini nazionali, le soluzioni adottate da Francia e Italia risultano particolarmente significative per il comparatista<sup>92</sup>.

In Francia, un apporto originale arriva tramite la Circolare del 22 ottobre 2014, emanata dal Ministero della Giustizia, in base alla quale il termine *kafalah* viene tradotto con l'espressione *recueil légal* e definita come «l'impegno di prendersi cura di un minore senza la creazione di legami di filiazione»<sup>93</sup>. La circolare ha l'obiettivo di:

1. agevolare la conoscenza di un istituto estraneo al diritto francese, illustrando come la *kafalah* sia regolata nei Paesi che la prevedono. In particolare, la circolare descrive procedure ed effetti della *kafalah* in Marocco e Algeria,

---

1, 2015, pp. 365-383.

<sup>91</sup> Sebbene le recenti riforme evidenzino una certa volontà dei legislatori marocchino e algerino di avvicinare la *kafalah* all'adozione in senso occidentale, è un dato di fatto che la condizione giuridica del *makfoul* continui ad essere regolata in maniera diversa rispetto a quella dei figli biologici.

<sup>92</sup> In Francia, i casi in cui il giudicante si è dovuto occupare della *kafalah* si sono moltiplicati perché l'istituto è stato spesso utilizzato per aggirare il divieto coranico di adozione di bambini musulmani. Dopo che, alla fine degli anni Ottanta, la *Cour de Cassation* aveva adottato una serie di decisioni che concedevano il provvedimento di adozione a favore bambini originari di Paesi musulmani affidati a coppie francesi, la legge 6 febbraio 2001 sull'adozione internazionale ha rivolto ai tribunali un formale divieto di pronunciare l'adozione di un minore straniero «si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France» (art. 370-3 alinea 2 del Code Civil). Si tratta di una consacrazione legale dell'ordine pubblico di prossimità, che permette di affrancarsi dalle disposizioni di divieto della legge nazionale del bambino se quest'ultimo è legato al territorio francese per nascita e residenza. Secondo il Ministero della Giustizia, la *kafalah*, notarile o giudiziaria, è una forma giuridica che, pur non corrispondendo ad alcuna categoria di diritto francese, può essere assimilata al modello della delega di autorità parentale o della tutela. E, nonostante fosse stato invocato l'ordine pubblico per tutelare l'interesse superiore del minore, la *Cour de Cassation* ancora oggi sostiene l'accezione esclusivamente 'prossimista' dello stesso, in quanto la sua funzione non è tanto la salvaguardia dei valori essenziali della società francese quanto la protezione degli individui, qualora l'intensità del legame con il territorio francese lo richieda. Cfr. LAURENCE BRUNET, *La réception en droit français des institutions familiales de droit musulman : vertus et faiblesses d'un compromis*, *Droit et cultures* 1, 2010, consultabile all'indirizzo: <http://journals.openedition.org/droitcultures/2086> (ultimo accesso 28 gennaio 2019).

<sup>93</sup> La traduzione in lingua francese del termine arabo *kafalah* è opera della Commissione Generale di Terminologia e Neologia, il cui parere, pubblicato il 5 dicembre 2013 sul *Journal Officiel* n. 0282, è espressamente richiamato dalla Circolare.

Stati con i quali la Francia ha concluso accordi di cooperazione e dai quali proviene la maggior parte dei *makful* presenti in Francia;

2. definire la condizione giuridica dei *makful* in Francia;

3. stabilire le condizioni che rendono possibile convertire la misura in adozione.

In termini operativi, la *kafalah* è riconosciuta di pieno diritto in base alle Convenzioni franco-algerina e franco-marocchina<sup>94</sup>. Il riconoscimento dei provvedimenti di *kafalah* disposti da Paesi con i quali la Francia non ha stipulato apposite convenzioni è, invece, subordinato all'ottenimento dell'*exequatur*. A tal proposito, mentre per i provvedimenti di *kafalah* adottati con procedimento giudiziario il riconoscimento viene generalmente concesso, quando la *kafalah* deriva da atto notarile omologato dal giudice, la Circolare impone il diniego nel caso il cui l'intervento del giudice sia consistito nella mera attestazione di regolarità formale. In altre parole, si chiede al giudice francese di concedere l'*exequatur* solo qualora, nella fase di omologazione, emerga che il giudice del paese d'origine abbia preso in considerazione e valutato l'interesse del minore.

L'atto non omologato non è coperto da garanzie giurisdizionali e non può pertanto ottenere l'*exequatur*.

In ogni caso, la *kafalah* non è considerata 'adozione' perché non crea un legame di filiazione e non incide sullo stato civile, ma viene invece identificata come una particolare forma di protezione (punto 2.2. della circolare: «Si le recueil légal n'est pas une adoption, il constitue toutefois une protection particulière pour l'enfant»), sconosciuta all'ordinamento giuridico francese e assimilabile alla tutela (per i minori orfani, di filiazione ignota o abbandonati) o alla delega di funzioni genitoriali (nei casi di minori di filiazione nota).

La Circolare, poi, dedica particolare attenzione ai motivi per i quali la *kafalah* non può essere convertita in adozione: l'articolo 370-3 del *Code Civil*, introdotto dalla legge 111 del 6 febbraio 2001, prevede che «l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si le mineur est né et réside habituellement en France».

La *ratio* di tale norma è ravvisata nell'esigenza di rispettare la sovranità degli Stati che proibiscono l'adozione, conformemente al principio espresso nella Convenzione dell'Aia, in base al quale l'adottabilità dev'essere verificata rispetto alla legge personale del minore<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> *Convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition*, del 5 ottobre 1957 e *Convention franco-algérienne relative à l'exequatur et à l'extradition* del 27 agosto 1964. L'*exequatur* non è necessario, ma può essere richiesto per facilitare, ad esempio, l'accesso alle prestazioni sociali.

<sup>95</sup> HCCH, articolo 4: «Les adoptions visées par la convention ne peuvent avoir lieu que si les

In applicazione del citato principio, la giurisprudenza costante della Cour de Cassation esclude l'assimilabilità della *kafalah* all'adozione, tanto nella forma semplice quanto in quella piena<sup>96</sup>. A sostegno della conformità del secondo comma dell'articolo 370-3 del Code Civil alle convenzioni internazionali, la circolare cita gli *arrêts*, rispettivamente del 25 febbraio 2009 e del 15 dicembre 2010, con i quali la Cassazione francese, confermata dalla Corte Europea nella sentenza *Harroudj*, ha definito la *kafalah* una misura internazionalmente riconosciuta (articolo 20 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo) come idonea a tutelare il superiore interesse del minore<sup>97</sup>.

L'articolo 370-3, secondo comma, del Code Civil, proibendo l'adozione di un minore che secondo la propria legge nazionale non può essere adottato,

---

autorités compétentes de l'Etat d'origine ont établi que l'enfant est adoptable».

<sup>96</sup> COUR DE CASSATION, *1ère civ.*, 10 ottobre 2006 ; 9 luglio 2008; 15 dicembre 2010.

<sup>97</sup> Nel 2001, in Francia, il formante legislativo ha vietato l'adozione di un minore straniero «si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France» (art. 370-3 Code Civil). In base a ciò, la Cour de Cassation ha più volte negato alla *kafalah* ufficializzata all'estero effetti equivalenti a quelli di una adozione internazionale (*ex multis*, v. Cour de Cassation, 10 ottobre 2006, *Journal du droit int.*, 2007, p. 564 ss.; 9 luglio 2008, *Revue critique de droit int. privé*, 2008, p. 828 ss.; 28 gennaio 2009, Dalloz, 2009, AJ., p. 501 ss.). Sul tema v. MARIE-CHRISTINE LE BOURSICOT, *La Kafalah ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation*, in *Droit et cultures*, 2010, consultabile all'indirizzo: <http://droitcultures.revues.org/2138>. In Francia, infatti, la Suprema Corte ha escluso la conversione della *kafalah* in adozione (Cour de Cassation 10 ottobre 2006 n. 0615265; 25 febbraio 2009 n. 0811033; 10 dicembre 2010 n. 0910439); in tal modo, le istanze di ricongiungimento familiare sono analizzate in maniera alquanto restrittiva, a prescindere dai legami culturali con i Paesi del Maghreb e l'elevato numero di famiglie di quella origine stabilite in Francia. MAURIZIO ORLANDI, *La kafalah islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Il Diritto di famiglia*, 2005, p. 635, ricostruisce con precisione l'attitudine della cultura francese verso l'istituto della *kafalah*, constatando un evidente elemento di chiusura poiché «si tratta di una istituzione di diritto musulmano che non può, in alcun modo, essere equiparata ad una adozione semplice o plenaria così come viene intesa l'adozione francese». In tal senso, si veda [www.consufrance-casablanca.org/CONSULATINFO02](http://www.consufrance-casablanca.org/CONSULATINFO02). Html: «Cette institution musulmane ne peut être assimilée à l'adoption simple ou plénière, ni à un quelconque placement en vue d'adoption». Come chiaramente sottolineato da tale attenta dottrina, la circolare del Ministero di giustizia francese del 16 febbraio 1999, relativa all'adozione internazionale, «il diritto internazionale privato francese non consente che siano pronunciate delle decisioni che conferiscano a dei cittadini stranieri uno status non riconosciuto nel loro Paese di origine. Ne deriva, quindi, che in Francia non può essere riconosciuto come adozione un provvedimento proveniente da Paesi che non conoscano l'adozione. Non è altresì ammessa la possibilità che l'Autorità centrale francese, cioè la *Mission de l'adoption internationale*, autorizzi il rilascio di visti di ingresso 'per adozione' a minori oggetto di *kafalah*. Il rigore con il quale in Francia viene considerata la possibilità di 'convertire' una *kafalah* in adozione, costituisce una ulteriore conferma dell'esigenza di trattare con la massima attenzione il problema e di rispettare al massimo le tradizioni di altri Paesi». MAURIZIO ORLANDI, *La kafalah*, cit., p. 635 e ss.

Si vedano anche le considerazioni di JOËLLE LONG, la quale ricorda che, in Francia (unico Paese insieme all'Italia a conservare accanto all'adozione principale legittimante un'adozione non legittimante), siano stati fatti dei tentativi per applicare l'*adoption simple* a minori provenienti da Paesi islamici affidati con *kafalah* nei loro Paesi di origine a persone residenti in Francia; e tale sforzo ermeneutico è stato facilitato dalla «flessibilità della disciplina francese», *I confini dell'affidamento*, cit., p. 1432.

ha lo scopo di rispettare la cultura d'origine dei minori trasferiti in Francia con atto di *kafalah*<sup>98</sup> e provenienti, in particolare, da Paesi come il Marocco e l'Algeria, che apertamente vietano l'adozione<sup>99</sup>.

In questo modo, l'integrazione dei minori di origine straniera avviene senza recidere immediatamente il legame con la cultura dei Paesi d'origine.

Il divieto di adozione, inoltre, non è assoluto: l'adozione del *makful* è possibile se il minore sia nato e risieda in Francia (art. 370-3, secondo comma, Code Civil). L'applicazione congiunta delle due condizioni, nascita e residenza, limita al giudicante francese la possibilità di statuire secondo l'interesse del minore: se, da un lato, la norma mette fine a una giurisprudenza oggettiva

---

<sup>98</sup> La Circolare francese distingue i diversi tipi di *kafalah*, a seconda che la misura sia stata disposta (i) all'esito di un procedimento giurisdizionale; (ii) con accordo delle parti, omologato dal Giudice; (iii) sulla base di un mero accordo tra le parti. Poiché l'ordinamento francese non conosce la *kafalah*, il formante giurisprudenziale d'oltralpe ha avuto la necessità di 'tradurre' gli effetti della misura pronunciata all'estero, al fine di consentire al bambino e alla persona che se ne prende cura di disporre di un quadro giuridico secondo il diritto francese. Si sono distinte due ipotesi: (i) nei casi di filiazione sconosciuta, minore abbandonato, orfano, il *recueil légal* produce in Francia degli effetti comparabili a quelli di una tutela, che si applicherebbe nel caso in cui il bambino non avesse una filiazione legalmente stabilita o qualora i genitori fossero morti e il *recueilleant* verrebbe considerato il tutore; (ii) per i minori di filiazione nota e genitori viventi, invece, il *recueil légal* produce effetti simili a quelli di una delega di responsabilità genitoriale, totale o parziale, disposta e regolata giudizialmente.

<sup>99</sup> Con l'*Arrêt Torlet* (7 novembre 1984), la *Cour de Cassation* ha statuito che «le condizioni e gli effetti dell'adozione da parte di una persona singola sono regolati dalla legge nazionale dell'adottante, dovendo la legge del minore determinare soltanto le condizioni del consenso o della rappresentanza dell'adottato». Con l'*Arrêt Pistre* (31 gennaio 1990), successivamente, essa ha decretato che, se la legge nazionale dell'adottato vieta espressamente agli stranieri l'adozione piena, gli adottanti possono ottenere dal giudice francese soltanto l'adozione semplice. Successivamente, con l'*Arrêt Fanthou* (10 maggio 1995), la CORTE DI CASSAZIONE ha ammesso l'adozione sia semplice, sia piena, anche qualora la legge nazionale dell'adottando lo proibisca. Rispetto alla legge d'origine del *makful* prevalgono altre considerazioni riguardanti il necessario consenso degli aventi diritto o delle autorità nazionali dello Stato di origine del minore e la rottura definitiva e irreversibile di ogni legame tra il *makful* e la famiglia biologica. L'approccio pragmatico è stato applicato ad un caso in cui una coppia di cittadini francesi, residenti in Francia, intendeva tenere sul territorio nazionale, come proprio figlio, il *makful*. La giurisprudenza successiva, basata su un'analisi *case-by-case*, focalizzava la propria attenzione sulla verifica del tipo di consenso prestato dagli aventi diritto; ma, secondo il Ministero della Giustizia (circolare del 16 febbraio 1999), codeste decisioni risultavano essere troppo flessibili e finivano per costituire 'une jurisprudence erratique'.

Per esempio, la *Corte d'Appello di Parigi* (*arrêt* 14 giugno 1997) statuiva che non si poteva ritenere che le autorità algerine avessero acconsentito all'adozione del bambino affidato in *kafalah* a una coppia di francesi; mentre la *Corte d'Appello di Tolosa* (*arrêt* 22 novembre 1995) sosteneva che la *kafalah* potesse essere convertita in adozione semplice. La *Corte d'Aix en Provence* (25 mars 1999) deduceva che le autorità algerine avessero prestato il consenso all'adozione piena perché erano a conoscenza degli effetti che l'istituto spiega in Francia. Più recentemente, la *Corte d'Appel de Paris* (1° febbraio 2001) ha richiamato l'articolo 46 del Codice di famiglia algerino per respingere una richiesta di adozione. Fino alla legge del 6 febbraio 2001, la CORTE DI CASSAZIONE aveva mantenuto una linea ermeneutica che tendesse a tutelare come fine ultimo il benessere del fanciullo, preoccupandosi soltanto di distinguere i casi che giustificassero l'adozione semplice da quelli che avrebbero permesso l'adozione piena.

vamente oscillante, dall'altro lato, si rendono vani i tentativi di rispondere in maniera ponderata a questioni complesse quali la natura, gli effetti e la qualificazione giuridica della *kafalah*<sup>100</sup>.

Tuttavia, grazie a questa deroga, la Francia ha istituito «un'articolazione flessibile fra il diritto dello Stato d'origine del minore ed il diritto nazionale» assicurando un 'giusto equilibrio' tra il 'rispetto del pluralismo culturale', l'interesse pubblico dello Stato di accoglienza a non creare situazioni claudicanti (cioè *status* personali che non potrebbero essere riconosciuti nel Paese di origine del bambino) e l'interesse individuale del *kafil* al rispetto della vita familiare<sup>101</sup>.

#### 4.5. (segue)...e italiano

Pur rispondendo alla medesima esigenza di 'custodire e assistere minori orfani o comunque abbandonati con l'impegno [per il *kafil*] di mantenerli, educarli ed istruirli, come se fossero figli propri fino alla maggiore età'<sup>102</sup>, *kafalah* e adozione sono misure alternative tra loro. Parimenti, la *sharia* non può ammettere la conversione della *kafalah* in istituti a essa estranei, come quello dell'affidamento finalizzato all'adozione (articoli 22-24, legge 4 maggio 1983, n. 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*) o dell'affidamento etero familiare (articolo 2 della legge n. 184/1983), misura temporanea la cui finalità, piuttosto, è proprio quella di agevolare il rientro del minore presso la famiglia di origine<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> I tribunali di merito, già dai primi anni dall'entrata in vigore della legge, hanno opposto resistenza agli indirizzi dettati dalla giurisprudenza di legittimità, decidendo in base all'interesse supremo del minore (si veda, *ex multis*, TGI di Nanterre pronuncia l'adozione piena di un bimbo algerino il 28.09.2004; così le CdA di Reims e Tolosa, che pronunciano adozioni semplici di bambini marocchini e algerini tra il 2002 e il 2005). Ciò rappresenterà un serio banco di prova per valutare la tenuta delle posizioni della *Cour de Cassation*. Si veda, per una ricostruzione sistematica, NACIRA SAADI, *L'institution de la kafalah en Algérie et sa perception par le système juridique français*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2014, pp. 121-127.

<sup>101</sup> JOËLLE LONG, *Corte europea dei diritti dell'uomo e kafalah: un'esortazione alla flessibilità del diritto civile minorile (nota a Harroudj c. Francia, sentenza 4 ottobre 2012)*, in *Minori Giustizia*, 1, 2013, pp. 304-310.

<sup>102</sup> CORTE DI CASSAZIONE, *Sezioni Unite, n. 21108 del 16 settembre 2013*. In dottrina, ANNA MAROTTA, *Italy and Kafalah: Reinventing Traditional Perspectives to Accommodate Diversity?*, in *Italian Law Journal*, 2016, pp. 191-212.

<sup>103</sup> «Maggiore somiglianza dimostra, semmai, la *kafalah* col vecchio e desueto istituto dell'affiliazione, significativamente abrogato dal nostro legislatore nell'atto stesso di approvare una legge recante più moderne misure di protezione dei minori abbandonati», GIUSEPPE MAGNO, *Ingresso in Italia del minorenne straniero affidato in kafalah a coniugi italiani: una questione da chiarire*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* 1, 2014, p. 99.

La Corte di Cassazione italiana tende a valorizzare gli elementi di affinità con gli strumenti nazionali<sup>104</sup>. Facendo leva sul principio dell'interesse preminente del minore attraverso una lettura delle norme costituzionalmente orientata, la Suprema Corte perviene alla conclusione che il diritto riconosciuto al cittadino di condurre in Italia il minore ricevuto all'estero in *kafalah* non contrasta con l'ordine pubblico sotto il profilo della possibile elusione, suo tramite, della disciplina interna dell'adozione internazionale<sup>105</sup>. Ciò perché 'il provvedimento di *kafalah*, anche dopo l'avvenuto ricongiungimento con il cittadino italiano, non [svolgerebbe] altra funzione che quella di giustificare l'attività di cura materiale e affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale'<sup>106</sup>. Il riconoscimento della *kafalah* nell'ordinamento italiano è avvenuto, in altre parole, adattando l'istituto alle varie forme previste in materia di adozione e

---

<sup>104</sup> Nel testo della sentenza n. 21395 del 4 novembre 2005, la Prima Sezione Civile della CORTE DI CASSAZIONE afferma che la *kafalah* «vuole realizzare una vera e propria presa in carico educativa da parte degli affidatari, ben paragonabile al contenuto del nostro affidamento familiare» e che la stessa «attribuisce agli affidatari un potere di custodia, a tempo sostanzialmente indeterminato, con i contenuti educativi di un vero e proprio affidamento preadottivo». Analogamente, nel testo della sentenza n. 7472 del 20 marzo 2008, si legge: «Atteso, in definitiva, che (...) tra la *Kafalah* islamica e il modello dell'affidamento nazionale prevalgono, sulle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell'adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l'uno che l'altro, sullo stato civile del minore; ed essendo anzi la *Kafalah*, più dell'affidamento, vicina all'adozione, in quanto, mentre l'affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la *Kafalah* (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente a fino alla maggiore età dell'affidato». Il principio è stato confermato in motivazione dalle Sezioni Unite: «tra la *kafalah* e l'affidamento di minori disciplinato dal diritto nazionale prevalgono sulle differenze i punti in comune, essendo entrambi strumenti di protezione dei minori, di durata temporanea (la *kafalah*, pur essendo revocabile, dura tendenzialmente fino al compimento della maggiore età), che non incidono sul loro stato civile ...», CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, sentenza n. 21108 del 16 settembre 2013. Cfr. ANNA MAROTTA, *Kafalah and case law in Italy*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), *The kafalah and the protection of minors. Reflections after the Second Italian-Moroccan Colloquium on Comparative Law*, Ipocan, Roma, 2017, op. cit., pp. 61-70.

<sup>105</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, sentenza n. 21108 del 16 settembre 2013. Sul ruolo svolto in termini di riconoscimento dal limite generale dell'ordine pubblico, si vedano, *ex multis*, TITO BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova 1999, p. 167 ss. e ATTILIO GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Cedam, Padova, 1974. MAURIZIO MARTINELLI, *I rapporti di filiazione nell'ambito della famiglia islamica e in quella occidentale. L'istituto dell'adozione nell'ordinamento islamico e in quello italiano*, in CARLO CARDIA, GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *Comunità islamiche in Italia, Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 398, sostiene che «la rilevanza sistemica del principio dell'intangibilità dell'ordine pubblico interno ha subito, nell'applicazione della giurisprudenza, qualche attenuazione, giustificata dal principio dell'interesse del minore in seguito al riconoscimento di istituti giuridici di diritto privato islamico che non hanno un corrispettivo analogo nel nostro ordinamento civile. Il rilevante tentativo, operato in sede applicativa, di 'assimilare' l'istituto islamico della *kafalah* ai nostri strumenti di protezione dell'infanzia abbandonata, riunendo caratteristiche di istituti diversi disciplinati in Italia, è destinato a non avere seguito».

<sup>106</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, sentenza n. 21108 del 16 settembre 2013.

affidamento, dall'*adoptio plena* all'adozione 'in casi particolari' (articolo 44, legge n. 183/1984)<sup>107</sup>.

<sup>107</sup> La trasformazione di un provvedimento di *kafalah* in adozione è ammessa in base agli articoli 35 e 36 della legge sull'adozione. Sul piano internazionale, l'articolo 15, comma 3, della Convenzione de L'Aia del 1996 attribuisce tale facoltà agli Stati: «in caso di trasferimento della residenza abituale di un minore in un altro Stato contraente», infatti, «la legge di quest'altro Stato disciplina, a partire dal momento in cui il trasferimento ha avuto luogo, le condizioni di applicazione delle misure prese nello Stato della precedente residenza abituale». Nel Regno Unito, l'*Adoption and Children Bill* del 2002 – che ha modificato il Children Act del 1989 il quale già prevedeva differenti istituti di protezione dell'infanzia abbandonata, alle quali è possibile ricorrere in alternativa all'adozione legittimante, tenendo conto, tra l'altro, dell'origine etnica e religiosa del minore – ha introdotto l'istituto della *special guardianship*, deputato alla protezione dell'infanzia abbandonata. Si veda, Sect. 22(4) e (5)c Children Act 1989, che specificando i *Duties of local authorities in relation to children looked after by them*, statuisce che «In making any such decision a local authority shall give due consideration: (a) having regard to his age and understanding, to such wishes and feelings of the child as they have been able to ascertain; (b) to such wishes and feelings of any person mentioned in subsection (4) (b) to (d) as they have been able to ascertain; and (c) to the child's religious persuasion, racial origin and cultural and linguistic background'. Ciò in base alla considerazione che 'some ethnic minority communities have religious or cultural difficulties with adoption in the form provided for in the law of England and Wales', la *special guardianship* è stata creata precipuamente al fine di fare propri 'the needs of children for whom adoption is not appropriate, but who cannot return to their birth parents and could benefit from the permanence provided by a legally secure family placement». House of Commons, Session 2000-01, *Adoption and Children Bill, Explanatory Notes*. Anche in Spagna, a partire dal 1996, a latere dell'*acogimiento familiar* preadottivo, il Codigó civil disciplina l'*acogimiento familiar* permanente, decretabile nel momento in cui «la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen» (art. 137 bis). Cenni al fatto che la *kafalah* sia riconosciuta in Spagna si rinviengono in PASQUALE STANZIONE, 'Minorità e tutela della persona umana, in *Diritto di famiglia*, 2000, p. 758 ss. Per la situazione spagnola si veda anche MARIA DEL PILAR DIAGO DIAGO, *La kafalah islámica en España*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 1, 2010, p. 140 ss. ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)). La forza legittimante della *kafalah*, in virtù della tutela del minore, è stata riconosciuta dal formante giurisprudenziale in *Aud. Prov. Granada 25 aprile 1995*, in *Rivista española de derecho internacional*, 47, 1995, p. 415 ss. Più nel dettaglio, in base all'articolo 34 della legge spagnola sulle adozioni (L.A.), «gli istituti di protezione dei minori adottati dalle autorità straniere i quali, secondo la legge d'origine, non determinano alcun legame di filiazione (come nel caso della *kafalah* marocchina) saranno assimilati all'affido o, se applicabile, a una tutela, secondo le regole di diritto spagnolo». Il riconoscimento della *kafalah* in Spagna avviene in modo disomogeneo, a seconda dell'autorità coinvolta nella fase di esame: a) nel caso in cui siano interpellate le autorità del settore 'Immigrazione', la giurisprudenza amministrativa non si è mostrata monolitica in merito alla concedibilità del visto per ricongiungimento familiare e per favorire l'ingresso del minore sul territorio nazionale; per questo motivo, la Direzione Generale dell'Immigrazione del Ministero del Lavoro e degli Affari Sociali (DGI) nel 2007 ha pubblicato una Direttiva che distingue l'ipotesi in cui la *kafalah* è pronunciata in favore di minore orfano o abbandonato, da quella per cui sono i genitori biologici ad affidare in *kafalah* il loro figlio. Solo nella prima ipotesi potrà essere concesso il visto per ricongiungimento familiare, essendo stata la condizione del *kafil* assimilata a quella del tutore (rappresentanza legale). Nella seconda ipotesi, al contrario, la *kafalah* non ha validità e potrà ottenersi solo un visto per studio, terapia medica o turistico; b) in caso di procedure inerenti lo 'Stato civile e cittadinanza', le autorità amministrative assimilano la *kafalah* all'*acogimiento* (equivalente all'affido) e applicano il diritto spagnolo; c) nei casi che coinvolgono l'Assistenza sociale, il minore in *kafalah* è considerato figlio adottivo e riceverà il sussidio per gli orfani. Si veda NURIA MARCHAL ESCALONA, *Reconnaissance et efficacité de la kafalah marocaine dans l'ordre juridique espagnol*, in *Revue critique de droit international privé*, 1, 2015, p. 104.

Quanto al caso della Germania, si veda la sentenza dell'OLG Karlsruhe 25 novembre 1996-11WX 79/96.

## 5. Conclusioni

L'interazione tra i diversi sistemi giuridici può rivelare aspetti problematici nelle ipotesi di rinvio a figure aliene rispetto all'ordinamento chiamato a farne applicazione: tale è, appunto, il caso della *kafalah* rispetto ai Paesi occidentali<sup>108</sup>.

Il confronto con questo fenomeno e la predisposizione di strumenti potenzialmente idonei ad elaborare delle risposte è divenuto sempre più attuale, se non impellente, in ragione delle tensioni e dei momenti di contrasto in essere

---

In Svizzera, la verifica della compatibilità della *kafalah* con l'istituto dell'adozione è stato oggetto di un parere formulato dall'ISTITUTO SVIZZERO DI DIRITTO COMPARATO, *La 'kafalah' in diritto algerino*, in *Rivista dello Stato Civile*, 2000, pp. 169-171.

<sup>108</sup> La dottrina comparatistica definisce 'flusso giuridico' la percezione, come rilevante, di un dato proprio di un altro sistema giuridico, capace di introdurre un elemento di squilibrio nel sistema percipiente (GIANMARIA AJANI, DOMENICA FRANCAVILLA, BARBARA PASA, *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, cit., pp. 41-42). Come è stato efficacemente sottolineato, «la CORTE DI CASSAZIONE ha mutato la sua visione eurocentrica nell'interpretazione della *kafalah*, considerando il suo apporto multiculturale al diritto di famiglia. L'interpretazione abbandonata è stata definita dalla dottrina nel senso della 'occidentalizzazione della *kafalah* all'orientalizzazione del miglior interesse del minore». Questa prospettiva enfatizza che il trapianto legale della *kafalah* islamica nei sistemi giuridici occidentali, «se compatibile con la 'retorica occidentale dei diritti umani' si realizza attraverso le norme di diritto internazionale privato maggiormente flessibili rispetto a quelle del diritto civile nazionale la cui rigidità rende il processo di armonizzazione giuridica più difficile», ELENA FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni* (2016) *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* Rivista telematica ([www.statoechurchese.it](http://www.statoechurchese.it)), 31, 2016, p. 34. L'elaborazione del concetto di trapianto giuridico si deve ad ALAN WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, St. Athens, 1974. L'Autore indica nove fattori rilevanti per il compimento di un trapianto, che riportiamo nella versione linguistica originale: *pressure force, opposition force, transplant bias, discretion factor, generality factor, societal inertia, felt-needs, source of law e law-shaping lawyers*. Si veda ALAN WATSON, *Comparative Law and Legal Change*, in *Cambridge Law Journal*, 1978, p. 322. Il concetto di trapianto rappresenta una forma di recezione parziale di una o più parti del 'diritto' di uno stato terzo da parte di un diverso ordinamento giuridico. Tale forma di recezione, frutto di un trapianto di norma, è diretta conseguenza del fenomeno della circolazione dei modelli giuridici (circolazione e recezione possono essere inclusi nell'unica nozione di flusso giuridico. Si veda a tal proposito MAURIZIO LUPOLI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Esi, Napoli, 2001, *passim*. La giustificazione dei trapianti di norme si basa sulla oggettiva omogeneità del mercato ed è tanto più facile quanto più si discute di norme considerate neutre o tecniche. In altre parole, gli interpreti, sulla spinta di fattori sia esogeni che endogeni, confrontano i prodotti giuridici a loro disposizione e cercano quindi di individuare le regole migliori per disciplinare una certa fattispecie giuridica. L'analisi economica del diritto, nel giustificare tale fenomeno, offre la soluzione utilizzando, come sempre, il concetto di efficienza mentre Watson utilizzava, invece, il concetto di 'prestigio' per esprimere che il modello imitato è quello più prestigioso). L'efficienza comparativa, ben spiega GIANMARIA AJANI, *Diritto comparato*, cit., pp. 38-39, si verifica quando: «una regola N, di cui si valuti l'adozione o si discuta l'utilità, può anche apparire come imperfetta, se confrontata con una situazione ideale e astratta, ma sarà la migliore possibile se considerata alla luce del contesto istituzionale. Tale osservazione della dipendenza delle riforme giuridiche ... dalle scelte del passato (*path dependency theory*) ci riconduce ... alla necessità di pensare alle modalità di funzionamento del diritto in prospettiva storica».

nel bacino del Mediterraneo<sup>109</sup>.

La crescente dimensione dei flussi migratori verso l'Europa impone, infatti, all'attenzione del giurista occidentale nuove istanze di riconoscimento e regolazione di istituti estranei alla propria tradizione giuridica<sup>110</sup>, provenienti da una società sempre più evoluta in senso multiculturale<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Si veda KIERAN MCLEAN EADIE, *The application of kafalah in the West*, in NADIRSYAH HOSEN (ed.), *Research Handbook on Islamic Law and Society*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, p. 48 quando afferma: «Despite growing Muslim minority populations in many Western countries, one area where there has traditionally been seen to be a legal disconnect between those populations and their new countries is the area of adoption, or the similar but distinct concept known in Islam as 'kafalah'». Cfr. anche FAISAL KUTTY, *Islamic Law, Adoptions and Kafalah*, in *Jurist Forum*, 2012, consultabile all'indirizzo: <http://jurist.org/forum/2012/11/faisal-kutty-adoption-kafalah.php> (accessed 29 November 2013) e JAMILA BARGACH, *Personalizing it: Adoption, Bastardy, Kinship and Family*, in JAMES D. FAUBION (ed.), *The Ethics of Kinship: Ethnographic Inquiries*, Rowman and Littlefield, Lanham (MD), 2001, pp. 80- 81.

<sup>110</sup> Come ben scrive NADJMA YASSARI, «in view of the exodus of millions of people from the region in the last decade and the emergence of a multitude of abandoned or orphaned children in the Middle East, it is high time that the existence of equivalent instruments that provide parents for parentless children be acknowledged», *op. cit.*, p. 963.

<sup>111</sup> La dottrina consapevole del contesto in cui ci si muove sottolinea che «il rapporto tra *kafalah* e ordinamento giuridico italiano si è posto in essere in relazione ai ricongiungimenti familiari di minori e, nell'ultimo periodo, in relazione ai grandi numeri di minori migranti, statisticamente difficili da accertare, approdati sulle spiagge italiane», ELENA FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni*, cit., p. 29. Nell'ambito di una posizione critica verso il sistema giuridico italiano si afferma che «tranne in rare situazioni come quella concernente la *kafalah*, sembra soffocare la protezione di coloro che sono coinvolti relazioni interculturali», ELENA FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione*, cit., p. 35. È di recentissima pubblicazione (28 gennaio 2019) la ricerca in merito alle dimensioni del fenomeno dei migranti minori non accompagnati. In base a tale report «negli ultimi 3 anni, in 45.159, approdati sulle coste italiane e non accompagnati, si sono autodichiarati minorenni, mentre il numero di minori accertato è stato poi di 36.878. In 20.862 hanno compiuto i 18 anni, dunque, sono usciti dalle statistiche». Prosegue la ricerca significando che 5.229 minori sono fuggiti dai centri di accoglienza, la maggior parte per raggiungere i parenti nel Nord dell'Europa. Infine, «10.787 minori non accompagnati risultano censiti al 31 dicembre 2018. Dovrebbero essere 'tutti' sotto tutela, invece non è possibile individuare dove siano stati collocati 869 di loro. Soltanto 461 sono stati dati in affido, soprattutto a parenti e connazionali». MILENA GABANELLI, SIMONA RAVIZZA, *Migranti, in Italia 10.787 minori non accompagnati. Dove sono?*, reperibile al sito: <https://www.corriere.it/dataroom-milena-gabanelli/migranti-italia-10787-minori-non-accompagnati-dove-sono/a364c264-20ca-11e9-926b-daa18cae285e-va.shtml> (ultimo accesso, 28 gennaio 2019). In termini pratici, «la crescente immigrazione da paesi del Maghreb che conoscono l'istituto della *kafalah* ha dato vita a un significativo contenzioso in merito alla legittimità dell'ingresso, nel territorio italiano, del minore affidato mediante tale misura di protezione. Sebbene, infatti, la *kafalah* sia annoverata tra gli istituti di tutela dell'infanzia dagli artt. 3 e 33 della Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996, la relativa legge di ratifica 18 giugno 2015, n. 101 non ha inserito le indispensabili norme di adeguamento, rinunciando, almeno temporaneamente, a una soluzione legislativa del problema». Cfr. GABRIELE CAPAREZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2018, p. 227; JOËLLE LONG, *I confini dell'affidamento familiare e dell'adozione*, in *Diritto di famiglia*, 2007, p. 1432, afferma che «il fatto che la Convenzione dell'Aia del 1996, per esempio, includa espressamente nel proprio ambito di applicazione la *kafalah* (peraltro riconosciuta anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore), che è un istituto di diritto islamico riservato ai musulmani, estraneo al diritto contemporaneo dei Paesi di matrice culturale

Suddette istanze assumono una forma inedita, ovvero quella della ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze di integrazione, da un lato, e di rispetto di prerogative identitarie, dall'altro<sup>112</sup>.

Il diritto di famiglia, specchio di modelli sociali dei quali non si può non tener conto in sede di regolazione dei rapporti, rappresenta un terreno fertile

---

europea e sostanzialmente analogo a un affidamento familiare sine die, impedisce, a mio parere, agli altri Stati contraenti di ritenere la *kafalah* di per sé contraria a un preteso principio di ordine pubblico della rigorosa temporaneità dell'affidamento familiare».

<sup>112</sup> CRISTINA CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale* 4, 2011, p. 1029, puntualizza che salvo rare eccezioni, gli Stati hanno provveduto a modernizzare in misura più o meno incisiva il proprio sistema giuridico. Perciò, i sistemi giuridici dei singoli Stati di matrice musulmana possono differire in maniera sensibile l'uno dall'altro. Tale autorevole dottrina icasticamente osserva che «la cultura, ..., è quel paio di occhiali attraverso i quali ciascuno vede e valuta se stesso e gli altri. Tanto l'immigrato quanto il giudice sono costretti a compiere un viaggio (reale il primo, virtuale il secondo) l'uno nel Paese dell'altro e a scambiarsi gli occhiali. Al giudice tuttavia è concesso il ricorso a un filtro che lo difende dai riflessi della realtà estera. Il filtro, la cui azione va calibrata in funzione del risultato, determina inevitabilmente una perdita di definizione dell'immagine, sicché il giudice dovrebbe avvalersene solo in caso di reale necessità, solo quando cioè in concreto il sacrificio in termini di definizione è proporzionato al vantaggio in termini di effetto generale. Fuori metafora: il legislatore autorizza il giudice, in virtù della clausola di ordine pubblico, a valutare l'impatto concreto nel proprio ordinamento delle norme straniere applicabili (o delle decisioni emanate all'estero) e a respingerle nella misura in cui ciò sia proporzionato all'interesse dell'armonia interna. Il giudice deve insomma agire nel rispetto della immaginaria regola – che si è all'inizio ipotizzata – per cui ogni persona ha diritto al rispetto della sua identità culturale e non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per il rispetto della identità culturale dello Stato. Più raramente, poi, il giudice, non riuscendo a mettere bene a fuoco l'immagine straniera, è costretto a usare un filtro correttivo che, sfumandola, modifica detta immagine fino a renderla riconoscibile. Così, di fronte a istituti giuridici stranieri sconosciuti nel foro – quali ad esempio ... la *kafalah* islamica – il giudice deve estrapolarne gli elementi essenziali per valutare a quali istituti del foro siano assimilabili e dunque a quale norma di conflitto siano riconducibili». In sintesi, è evidente una certa difficoltà in Occidente nel configurare una convincente e definitiva classificazione della *kafalah*, così come si può riscontrare un difetto di coordinamento tra sistemi giuridici. Autorevole dottrina ha affermato che «in relazione alla *kafalah*, il difficile bilanciamento degli interessi in gioco – la tutela del minore da un lato, e gli interessi dello Stato dall'altro – pone il legislatore statale di fronte all'ardua scelta se assimilare o meno l'istituto islamico all'adozione, nonostante gli espressi divieti di origine canonica presenti nei Paesi di origine dei minori». Inoltre, anche se è innegabile «la volontà presente in ambito internazionale di includere nelle principali convenzioni sui minori, strumenti di protezione differenti rispetto a quelli conosciuti in occidente, dall'altra parte, al momento di dare concreta applicazione a quelle convenzioni, è possibile constatare le incertezze degli Stati in sede di qualificazione di tali istituti», FEDERICA DI PIETRO, *La kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, pp. 98-99. In quest'ottica, è preoccupante la tendenza lanciata dal referendum tenutosi il 2 novembre 2010 in Oklahoma, in base al quale la Costituzione di tale Stato venne emendata così da prevedere che: «The Courts...., when exercising their judicial authority, shall uphold and adhere to the law as provided in the United States Constitution, the Oklahoma Constitution... and if necessary the law of another state of the United States provided the law of the other state does not include Sharia Law, in making judicial decisions. The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia Law».

per la sperimentazione di possibili soluzioni operazionali<sup>113</sup>.

Tali considerazioni sono ancora più pregnanti per il diritto islamico, ontologicamente e intimamente plasmato intorno a precetti di natura divina, che, in quanto tali, interessano e permeano ogni aspetto della vita dei credenti musulmani<sup>114</sup>.

Nonostante la comune matrice shariatica, sul piano del diritto positivo, la *kafalah* si incardina in maniera differente all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali, con soluzioni che spaziano da una più evidente aderenza alla *sharia* (come nel caso dell'Algeria) fino a formule di compromesso (Marocco) o addirittura moderniste (come in Tunisia)<sup>115</sup>.

Il giurista occidentale, d'altro canto, viene in contatto con la *kafalah* nel momento in cui l'istituto deve essere riconosciuto e recepito all'interno del proprio ordinamento giuridico<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> MICHELE NISTICÒ, *Kafalah islamica e condizione del figlio minore. La rilevanza della kafalah nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 2-3. La tendenza dei giuristi municipali ad affrontare i fenomeni giuridici, in generale, e la *kafalah*, in particolare, in termini puramente tecnici reca in sé il rischio di ridurre i profili di tale fattispecie al mero dato istituzionale, tralasciando la complessa realtà sociale maghrebina. Infatti, in Marocco come in Algeria, le lotte delle famiglie *kafilates* e della *société civile* per ottenere la concordanza del cognome tra *makful* e *kafil*, o per l'iscrizione del *makful* nello stato di famiglia, sono piuttosto accese. Una delle sensazioni che si avvertono sfogliando gli articoli di stampa è che la famiglia *kafilate* consideri se stessa un nucleo non dissimile dalla famiglia biologica e reclami di poter esercitare tutte le facoltà connesse a quest'ultima. Non a caso, i termini che i *kafiles* impiegano per descrivere la propria condizione sono *parents adoptifs*, *adopté/ée*, *famille adoptive*. AZIZA BELOUAS, *Kafalah: Une réforme du cadre législatif de 2002 s'impose*, 27 marzo 2019, consultabile all'indirizzo: <https://www.lavieeco.com/news/maroc/societe/kafalah-une-reforme-du-cadre-legislatif-de-2002-simpose.htm>.

<sup>114</sup> PASQUALE LILLO, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 147.

<sup>115</sup> Ovvero, in altre parole, 'the binary Tunisian approach, the monolithic Moroccan vision and the masquerade Algerian adoption-like *kafāla* show how these assumptions are verifiable'. ANDREA BORRONI, *The Kafalah*, cit., p. 30. MAAIKE VOORHOEVE (a cura di), *Family Law in Islam. Divorce, Marriage and Women in the Muslim World*, Tauris, Londra, 2012, p. 2. L'Autrice puntualizza come il diritto di famiglia, sebbene persista come roccaforte della *sharia*, abbia subito un processo di 'positivizzazione', il quale ne ha conformato gli aspetti in relazione alle caratteristiche dei singoli ordinamenti di derivazione shariatica. Mclean Eadie sottolinea che «wether the *kafalah* 'parent' can purport to enter a permanent arrangement depends on interpretation and varies from state to state. The traditional view is that adoption is anathema as it involves the permanent and absolute transfer of parental rights to adoptive parents, a denial of ancestry and falsifying of bloodlines as well as removal of the child. However, many Muslim majority state-based approaches adopt a more nuanced and purposive approach to the issue of permanency, whilst others take a stricter approach. The challenge arises when approaches are reconciled with Western legal constructs of adoption», MCLEAN EADIE, *The application of kafalah in the West*, cit., p. 50.

<sup>116</sup> Come già si è avuto modo di affermare: «The unnatural filiation relationship is interesting from a comparative standpoint, because under Islamic law a recourse to legal institutions and tools that are entirely foreign to our tradition is observable. This depends on the fact that in the Islamic States the origins of the filiation relationship are rooted into the biological ties as long as the procreation took place within the context of licit sexual intercourse between the two parents. Islamic law, therefore, does

Questo incontro risulta inevitabilmente caratterizzato da ulteriori sfumature, in quanto il confronto avviene tra due ordinamenti appartenenti a tradizioni giuridiche<sup>117</sup>, per certi versi, opposte: l'una, originata dalle Rivoluzioni<sup>118</sup>, incentrata sull'individuo, esalta il progresso e il continuo cambiamento; l'altra, dottrina insieme politica, sociale, religiosa e giuridica, incorona la legge divina, sacra e immutabile<sup>119</sup>.

Posto di fronte alla questione del riconoscimento, suddette tradizioni risultano plasmate da insiemi di norme distinte, le quali costituiscono il prodotto di una diversa visione culturale della società e derivano da una piramide delle fonti del diritto in palese dissonanza<sup>120</sup>: da un lato, infatti, campeggia la legge dello Stato laico, dall'altro lato, il Corano<sup>121</sup>.

---

not recognize any sort of illegitimate filiation and that results in the absence of all the tools existing in Western Countries to regulate it. In the absence of any mechanisms which can create a system of an unnatural filiation, the Islamic Countries have had to come up with alternative means of protecting minors who are in a condition of abandonment. The main tool to give protection and assistance to abandoned children is the *kafāla*». ANDREA BORRONI, *The kafalah*, cit., p. 29.

<sup>117</sup> È utile ricordare che il concetto di 'tradizione' non si basa sulle fonti di produzione formale, bensì sul modo in cui il diritto è prodotto, pensato, applicato. Le tradizioni giuridiche sono metaforicamente delle 'pentolacce concettuali' perché tengono insieme, al loro interno, parti reciprocamente incoerenti, H. PATRICK GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 24-71.

<sup>118</sup> ALESSANDRO SOMMA, PIER GIUSEPPE MONATERI, *Il modello di Civil Law*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 5.

<sup>119</sup> GIANMARIA AJANI, DOMENICO FRANCAVILLA, BARBARA PASA, *Diritto comparato*, cit., p. 505.

<sup>120</sup> GIUSEPPINA PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, Cacucci, Bari, 2008, p. 62, sottolinea che «è utile chiarire che il problema della qualificazione investe sia il momento del riconoscimento dei provvedimenti stranieri che in materia di adozione costituisce l'ipotesi più frequente sia, ancora più a monte, il momento della determinazione della legge applicabile. Molto spesso i giudici italiani sono alle prese con istituti giuridici familiari e di protezione del minore che non sono in contrasto con i principi dell'ordinamento ma sono significativamente diversi dai corrispondenti istituti italiani. In simili casi, l'alternativa tra l'applicazione del diritto straniero o della *lex fori* si pone come un confronto di civiltà, dovendosi stabilire fino a che punto il rispetto dell'identità culturale e l'esigenza di continuità degli status familiari debbano prevalere sugli imperativi di carattere assoluto che scaturiscono dalle norme in materia di diritti umani».

<sup>121</sup> Come noto agli studi comparatistici, 'ordinamenti giuridici stranieri – espressione di tradizioni e culture assai distanti dalla nostra – disciplinano più di un rapporto giuridico per mezzo di istituti non sempre conosciuti al sistema interno, e, più in generale, alla tradizione giuridica occidentale, ovvero facendo ricorso a schemi noti, ma declinati in maniera difforme dal paradigma interno. La comparazione giuridica offre, dunque, pure in questo frangente, gli strumenti validi non soltanto per lo studio e la comprensione di diritti di popoli e di Stati diversi tra di loro, bensì pure per la valutazione delle soluzioni offerte, con riguardo ad un determinato contesto, nei vari ordinamenti», ANGELO VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani!*, in *Diritto di famiglia*, 2010, p. 1629; ma, il pensiero non può che andare a RODOLFO SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1992, p. 10 ss. Per trovare una soluzione accettabile a queste tensioni di matrice giuridica, la dottrina più recente si è concentrata sui tratti analogici tra i due istituti e sui criteri ermeneutici che dovrebbero guidarne l'interpretazione. Sacco, ad esempio, con chiarezza ha sostenuto che: «this scholar ascertain that equally sees that the fundamental foundations

Tuttavia, come già efficacemente sottolineato in dottrina: «legal systems of Romanist tradition, on one side, and of Islamic tradition, on the other, can converge and, above and beyond the current conflicts of culture, offer a contribution to the dialogue between these great families of law»<sup>122</sup>; del resto, i due sistemi mostrano alcune somiglianze per ciò che riguarda i principi fondamentali<sup>123</sup>.

Questa incessante contaminazione tra istituti giuridici ha ormai assunto ricadute sistemiche che «superano le frontiere e danno luogo, non soltanto ad un più frequente ricorso alle tecniche di collegamento fra i diritti statali che sono proprie del diritto internazionale privato, o alla realizzazione di forme di unificazione legislativa mediante trattati internazionali, ma anche a più intensi scambi di carattere culturale che determinano l'affermazione di un diritto 'transnazionale'». <sup>124</sup>

Ed è proprio in base a tale interpretazione teleologica che le due famiglie giuridiche (ed i singoli ordinamenti giuridici al loro interno) possono individuare se non un linguaggio almeno una grammatica comune per proteggere i minori in modo adeguato e consentire a essi di circolare oltre i singoli confini nazionali<sup>125</sup>.

---

of the two laws share some similarities, because in the two Countries the subject of marriage are the spouses, the children belong to both the mother's family and the father's, the parents both exercise authority on their minor children and they tie to may be solved through divorce. Moroccan law, Italian law. Two laws that are not brothers. But two laws that are cousins», RODOLFO SACCO, *Family Structure and Comparative Law*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), op. cit.19). MCLEAN EADIE, poi, rileva: «Islamic *kafalah* and modern Western adoption have much more in common than might be expected in a superficial analysis. Despite notable conflicts, both focus on open adoptions and the best interests of the child. Further, there is significant overlap between the legal approaches of some Muslim-majority countries and Western states. In particular, the approaches of Tunisia and Morocco (and in principle Pakistan) appear to have sufficiently similar characteristics with Western systems for development of comity-based arrangements. Such arrangements could seek to safeguard the fundamental principles valuable to each community to the benefit of orphans, with procedures grounded in domestic law, but with additional safeguards and codification to ensure clarity for minority communities, the *kafalah* children and the general public». L'autore sostiene, infine, che la negoziazione di accordi bilaterali tra Stati sia uno strumento più efficace rispetto alle Convenzioni internazionali per risolvere i conflitti che possono scaturire dalla *kafalah* nel solco delle dinamiche migratorie», *ivi*, p. 78.

<sup>122</sup> GIAN MARIA PICCINELLI, *The path to the Italian-Moroccan Dialogues on Comparative Law*, in GIAN MARIA PICCINELLI, ANDREA BORRONI (a cura di), *The kafalah ...*, cit, p. 1.

<sup>123</sup> RODOLFO SACCO, *Family Structure and Comparative Law*, cit., p. 19.

<sup>124</sup> ALESSANDRO PIZZORUSSO, *I sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1998<sup>2</sup>, p. 36.

<sup>125</sup> Di tale opinione anche ROBERTO SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa 'tradizione'. I casi della poligamia e della kafalah di diritto islamico*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2014, *De Jure banche dati*, p. 533 ss. In base a tale dottrina, altrimenti opinando, si arriverebbe al paradosso di discriminare i fanciulli provenienti da paesi musulmani, ove la protezione attraverso la *kafalah* rappresenti l'unica tutela a disposizione. Ancora,

Sul piano operativo, nella ricerca della regola effettivamente applicabile a un caso concreto, il giudice è chiamato a contemperare interessi che coinvolgono valori di primaria importanza, perché riguardanti il *best interest of the child*<sup>126</sup>.

Le apparenti somiglianze possono indurre a estendere soluzioni ‘nazionali’, generando una sensazione di pareidolia giuridica; sotto questo aspetto, il giudice francese – rigoroso nell’assegnare a ciascuno lo spazio definito dalle rispettive leggi – si affida a ricostruzioni più rigide del suo omologo italiano<sup>127</sup>.

---

tralasciando la *kafalah* meramente negoziale, «tra la *kafalah* islamica e il modello dell’affidamento nazionale prevalgono, nelle differenze, i punti in comune, non avendo entrambi tali istituti, a differenza dell’adozione, effetti legittimanti, e non incidendo, sia l’uno che l’altro, sullo stato civile del minore; ed essendo anzi la *kafalah*, più dell’affidamento, vicina all’adozione, in quanto, mentre l’affidamento ha natura essenzialmente provvisoria, la *kafalah* (ancorché ne sia ammessa la revoca) si prolunga tendenzialmente fino alla maggiore età dell’affidato», *Cass. 20-3-2008 n. 7472*. Infatti, come afferma SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare*, cit.: «il rapporto di affinità con gli istituti dell’affidamento e dell’adozione, ben messo in luce dai giudici, nonché l’operatività dei principi di non discriminazione e di tutela dell’interesse del minore, giustificano l’affermazione di un campo semantico del ricongiungimento familiare che comprende il minore affidato in *kafalah* ad un *kafil* straniero regolarmente soggiornante in Italia». Tale ricostruzione è ancor meglio sostenuta e dettagliata dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio del 2 luglio 2009 denominata *Guida agli aspetti di difficile trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE* la quale statuisce che «i bambini in affidamento e i genitori affidatari con custodia temporanea possono godere dei diritti conferiti dalla direttiva in funzione della solidità del legame instaurato nel caso particolare», (COM/2009/313 del 2-7-2009). Come ben conclude la dottrina, in sintesi, «ciò che fonda il significato di familiare comprensivo del minore affidato in *kafalah*, non è tanto la categoria giuridica astratta della *kafalah*, bensì il rapporto sostanziale tra l’affidato e l’affidatario che da essa scaturisce, vale a dire l’intensità della specifica relazione», ROBERTO SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare*, cit. In ogni caso, anche così adducendo, non si intende attribuire, all’interno del nostro sistema giuridico, al provvedimento di *kafalah* gli stessi effetti dell’adozione, perché così operando si darebbe vita ad un reale contrasto con le norme dettate per l’adozione e relativi principi di ordine pubblico da essa portati e orientati a contrastare il traffico illecito di minori.

<sup>126</sup> Ammonisce ancora GIAN MARIA PICCINELLI che «indeed, the *kafāla* and the protection of minors regards ... the entire Mediterranean area; it is a typical institution of Muslim law that places itself as an alternative to the adoption, which is still prohibited in the Islamic world. It offers important points for reflections on the legal instruments available to minors facing difficulties; with regard to the flow of migrants today, it could allow the reconstruction of an adequate system of family and social relations to the benefit of children who find themselves alone and unaccompanied. It is a matter we could define as geopolitical law, or geo-law. Above and beyond the discipline of the relevant institutions in Italy and Morocco, it places itself in the confrontation among values (and consequently rules) that exist between Europe and the Islamic world and that constitutes an evident paradigm. The increasing secularisation of the family context in Europe and the constant ties to religious values and personal statutes on the southern shores of the Mediterranean, denotes the presence of a potential division, the effective entity of which is seriously in need of analysis and assessment», *The path to the Italian-Moroccan Dialogues on Comparative Law*, cit., p. 7.

<sup>127</sup> Recente dottrina bene afferma che «la questione dell’ammissibilità del ricongiungimento familiare del *makful* con il proprio *kafil* straniero residente in Italia oppure cittadino italiano ha offerto alla giurisprudenza l’occasione per riflettere sulla compatibilità, con la clausola dell’ordine pubblico, di un istituto straniero di protezione dell’infanzia chiamato a dispiegare i propri effetti nell’ordinamento interno», GABRIELE CAPAREZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante*, cit., p. 228. In altri termini, «dinanzi

In altri termini, ogni soluzione richiede una diversa sensibilità, un certo grado di permeabilità a esigenze provenienti da contesti culturali lontanissimi tra loro, capace di orientare come una bussola la ricerca della soluzione migliore<sup>128</sup>.

Ma il principio cardine non può che essere il superiore interesse del minore e il compito di ricondurre tutti gli attori coinvolti (Stati, amministrazioni e cittadini) lungo la traiettoria da esso tracciata, è un dovere del comparatista.

---

a un istituto estraneo alla nostra esperienza, il giudice – lungi dal sovrapporre la disciplina a quella delle misure di protezione previste dal sistema giuridico nazionale – deve limitarsi a verificarne la conformità all'ordine pubblico e la sua corretta applicazione nel caso concreto. Pertanto, la *kafalah* sia giudiziale sia convenzionale, in quanto strumento di cura -e assistenza del minore rispettoso della sua origine etnica, religiosa e culturale, si considera titolo per l'autorizzazione all'ingresso in Italia del *makful* straniero, alla luce di una nozione di ordine pubblico contenutisticamente costituzionale, che non coincide più con l'interesse superiore dello Stato e della sua organizzazione, ma si identifica con la sintesi dei diritti fondamentali della persona umana, compreso il superiore interesse del fanciullo». GABRIELE CAPAREZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante*, cit., p. 229. In base alle parole di PIETRO PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico, Diritto delle successioni e donazioni*, 2017, p. 181 ss., l'analisi della *kafalah* «trascende il diritto applicabile secondo i criteri di collegamento di diritto internazionale privato e ripropone più correttamente l'individuazione da parte del giudice italiano di una normativa adeguata alla situazione concreta, che tenga conto delle scelte religiose con l'unico limite di garantire il rispetto della dignità umana». Infatti, all'interno di una globalizzazione che fa trascinare dal proprio alveo originario le proprie ed individuali peculiarità religiosa e culturale, «la nozione di ordine pubblico assurge a garanzia della dignità dell'uomo senza determinarne in forma rigida, unilaterale ed aprioristica la conformazione culturale e religiosa e, quindi, giuridica», PIETRO PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., p. 166 ss. Tale nozione, appunto, deve intendersi – proprio alla luce della polisemia dell'ordinamento giuridico contemporaneo, frutto di già citati flussi e continue contaminazioni – «nozione unitaria, sintesi di normative ricollegabili a fonti diverse, ma pur sempre espressione dei principi identificativi dell'assiologia costituzionale», PIETRO PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., p. 183. Tangenziale a tale analisi si veda PASQUALE FEMIA, *Segni di valore*, in LUCIA RUGGERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, ESI, 2012, p. 83 ss.

<sup>128</sup> Come bene è stata definita dalla dottrina, «the non-knowledge of the alternative institute contemplated by Muslim law, or, in any case, the idea that this is a historical relic no longer compatible with contemporary categories of families and social protection of minors, has for many years considered the *kafala* outside the confines of the *ordre public* of our legal system and those of many of the western legal systems», GIAN MARIA PICCINELLI, *The path to the Italian-Moroccan Dialogues on Comparative Law*, cit., p. 8.

SOMMARIO

Come noto, la *sharia* non riconosce l'istituto dell'adozione. Negli ordinamenti giuridici islamici, quindi, i formanti hanno elaborato altre e differenti soluzioni per perseguire l'interesse del minore abbandonato o orfano: la *kafalah* è uno di questi. Nel presente saggio, quindi, dopo aver presentato brevemente i tratti caratteristici comuni della *kafalah*, si passeranno in rassegna le scelte operate dai legislatori del Nord Africa e le reazioni di alcuni sistemi giuridici occidentali che hanno dovuto confrontarsi con essa.

In questo brodo culturale, è emerso come, nonostante le inevitabili differenze, ci sia un sentiero comune e una finalità condivisa rappresentata dal *best interest of the child*. Ed è proprio in base a tale interpretazione teleologica che le differenti famiglie giuridiche (e i singoli ordinamenti giuridici al loro interno) possono individuare se non un linguaggio almeno una grammatica comune che possa permettere alle soluzioni elaborate per proteggere i minori di circolare oltre i singoli confini nazionali

PAROLE CHIAVE

*Kafalah; legislazioni del Nord Africa; Tradizione giuridica occidentale; trapianti giuridici*

ABSTRACT

It is a well-known notion that Islamic law does not recognize the validity of the legal institution of adoption. In Islamic Countries, the legal formants, therefore, created other possibilities to pursue the interest of the minors abandoned or without a family: the *kafalah* is one of them.

In this essay, therefore, the author describes the legal solutions adopted by the North African legislators and the way the Western Legal Tradition reacted when it was necessary to deal with the *kafalah*. In this legal and cultural brew, it is found that, notwithstanding the unavoidable and persistent differences, there is a common path and a shared common goal represented by the best interest of the child. And it is in this function that the legal systems may find the common grammar to communicate and the legal institutions (*kafalah* on one direction, adoption in the other) may circulate over the national borders.

KEY WORDS

*Kafalah; North African legislators; Western Legal Tradition; legal Transplants*