



diritto *Supplemento
alla rivista*

religioni

2
Quaderno monografico

Libertà religiosa ed eguaglianza.
Casi di discriminazione in Europa
e nel contesto internazionale

Diritto e Religioni
Quaderno Monografico 2
Supplemento Rivista, Anno XV, n. 1-2020

*Libertà religiosa ed eguaglianza.
Casi di discriminazione in Europa
e nel contesto internazionale*

Diritto e Religioni

Semestrale

Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Maria d'Arienzo

Direttore Fondatore
Mario Tedeschi †

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

Diritto vaticano

Sociologia delle religioni e teologia

Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci

A. Bettetini, G. Lo Castro

L. Caprara, M. d'Arienzo, V. Fronzoni,

A. Vincenzo

G.B. Varnier

M. Jasonni, G.B. Varnier

G. Dalla Torre

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,

F. Balsamo, C. Gagliardi

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

Lettere, recensioni, schede, segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

M. D'Arienzo

COMITATO REDAZIONE QUADERNO MONOGRAFICO

F. Balsamo, C. Gagliardi, M. L. Lo Giacco

Direzione:

Cosenza 87100 – Luigi Pellegrini Editore
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.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@pellegrinieditore.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 € 10,00 al seguente

link: www.pellegrinieditore.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@pellegrinieditore.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.pellegrinieditore.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.

Per ulteriori informazioni si consulti il link: <https://dirittoereligioni-it.webnode.it/>

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

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

ISSN 1970-5301

Minori e forme di tutela legale religiosamente connotate nella recente giurisprudenza delle Corti Europee

Minors and religiously connoted legal protection in recent European case law

ADELE PASTENA

ABSTRACT

Kafala legal institution, typical of the Islamic world, stands out as a protective form of minors outside the creation of any adoptive bond and recognised status as in the cases of legitimate child. In Western countries, kafala brings into focus several different issues that are connected primarily with fears of circumventing laws in matters of family reunion alongside stringent criteria set for international child adoption. However, the assumption that there are imperfect legal models should not prevent European Courts from duly recognising kafala as a proper means to ensure supreme interests of minors. This way then, the very nature of kafala is one which provides jurists with responsibility to choose from the best applicable rules of procedures, and most importantly fosters a conscientious and rational evolution of the system as a whole.

KEY WORDS

Kafala – Child protection measures – Child superior interest.

RIASSUNTO

L'istituto giuridico della kafala, tipico del mondo islamico, è una forma di tutela del minore senza creazione di un legame adottivo e privo del riconoscimento di uno status parificato a quello del figlio legittimo. Lo studio della kafala evidenzia nei Paesi c.d. occidentali molteplici problematiche concrete, legate soprattutto al timore della possibilità di aggirare la normativa in tema di ricongiungimento familiare ed i rigidi criteri fissati in tema di adozioni internazionali. Un'imperfetta coincidenza di modelli giuridici non dovrebbe però impedire alle Corti europee di garantire la riconoscibilità della kafala al fine di assicurare il supremo interesse del minore. La natura di questo sistema attribuisce, infatti, una pesante responsabilità ai giuristi chiamati non solo a scegliere quale regime processuale applicare, ma soprattutto a stimolare l'evoluzione coscienziosa e razionale dell'intero sistema.

PAROLE CHIAVE

Kafala – *Strumenti di tutela del minore – Supremo interesse del minore.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. La kafala nella recente giurisprudenza delle Corti Europee

Considerazioni introduttive

La *kafala* costituisce il trasferimento di un bambino assolutamente legato alle proprie origini – nazionali, culturali, familiari e quindi anche religiose e identitarie – che non possono/vogliono essere recise. Essere musulmano è una preconditione indispensabile per poter accedere a tale istituto. In molti Paesi l'islam è religione di Stato e l'identità religiosa è parte non solo della struttura della nazione, ma della formazione culturale del soggetto. In tale contesto socio-religioso il bambino abbandonato deve essere accolto da una famiglia della sua stessa religione; si presume infatti che, anche se orfano e di genitori sconosciuti, il piccolo sia sempre di fede islamica. Ai futuri genitori adottivi è quindi richiesto di essere musulmani; in alcuni casi, come in Marocco, può essere concesso di convertirsi per entrare a far parte della *Umma*/la comunità dei credenti. L'ufficiale di stato civile in tali Paesi attribuisce, come è noto, agli orfani un nome di padre e madre così come un nome e un patronimico della tradizione arabo-musulmana, che inquadra immediatamente l'appartenenza del bambino a una nazione, un territorio, una cultura, una comunità religiosa.

La *kafala* deve, dunque, essere sempre intesa come uno strumento di un passaggio, la trasmissione di una continuità identitaria, culturale e religiosa. L'ingresso di un bambino sub *kafala* nel mondo occidentale produce in effetti una rottura tra due identità ufficiali. Il conflitto giuridico sembra focalizzarsi tra una definizione concreta del concetto di *interesse del bambino*, che si fonda sull'esistenza reale di un rapporto di filiazione, e una più astratta/formale secondo cui tutelare tale interesse dovrebbe comportare un rispetto rigoroso della legge nazionale del suo Paese di provenienza per non privarlo delle sue origini e della sua identità. Su tale dualismo giuridico si snoda la principale problematica di qualificazione dell'istituto nel rapporto tra ordinamenti. Una maggiore attenzione all'interesse del minore dovrebbe comportare una forzatura normativa, tale da consentire nella maggioranza delle ipotesi la trasformazione dell'istituto, in modo da attribuire dei genitori a un bambino, ovviamente utilizzando lo schema giuridico a lui più favorevole esistente nel Paese di nuova accoglienza. Si deve tuttavia osservare che anche l'automatica

traduzione della *kafala* in adozione determinerebbe, in assenza di una specifica regolamentazione, una situazione indubbiamente anomala: il minore, in violazione della normativa islamica, perderebbe la sua appartenenza alla *Umma*, subirebbe il cambio di cognome, della cittadinanza, per diventare figlio legittimo di cittadini occidentali. Tale situazione non potrebbe tuttavia mai essere riconosciuta valida nei Paesi islamici di provenienza perché contraria all'ordine pubblico e si creerebbe una situazione giuridica incerta in quanto entrambi gli Stati, sia quello di origine che di adozione, considererebbero il minore come proprio cittadino. Se per ipotesi i genitori biologici del minore reclamassero il rimpatrio del proprio figlio, le autorità giurisdizionali occidentali lo dovrebbero rifiutare perché in contrasto con il nuovo *status* del minore quale figlio legittimo, secondo i parametri della legislazione occidentale. Nel momento di ingresso, come cittadino, nel suo Paese di provenienza il minore potrebbe perdere i diritti acquisiti nel nuovo territorio.

Occorre tuttavia ribadire che tale impostazione teorica parte da un presupposto da verificare: che il bambino, poiché nato in un determinato Paese, sia parte di quella cultura e comunità religiosa. Anche questo profilo, alla luce delle elaborazioni concettuali del principio di libertà religiosa, dovrebbe essere valutato perché non tutela in forma completa uno dei fondamentali diritti individuali, quello alla formazione libera della propria coscienza. Si deve inoltre distinguere la posizione giuridica dei minori orfani di entrambi i genitori per i quali, come già avvenuto da tempo in alcuni Paesi europei, sarebbe possibile la conversione del provvedimento nella adozione, dal minore affidato in *kafala* da genitori viventi, più assimilabile all'affido.

La mancata assimilazione degli effetti della *kafala* a quelli dell'adozione legittimante, se da un lato senz'altro assicura il massimo rispetto del divieto coranico¹, dall'altro può anche comportare conseguenze negative per il soggetto affidato (ad esempio sul piano successorio), con conseguente possibile compressione del *best interest* del minore. Seguire questo percorso giuridico introdurrebbe quindi una grave forma di discriminazione poiché si permetterebbe un'adozione transculturale per alcuni bambini e non per altri, senza che gli stessi abbiano potuto né essere informati né decidere, ma soltanto in base a

¹ Sembrano particolarmente interessanti, a questo proposito, le osservazioni contenute in Corte di Cassazione, 4 novembre 2005, n. 21395 in *Guida al diritto*, 2005, fasc. 45, p. 28, secondo la quale «l'istituto della kafala [...] vuole realizzare una vera e propria presa in carico educativa da parte degli affidatari, ben paragonabile al contenuto del nostro affidamento familiare dal punto di vista giuridico-formale non intende trasferire anche la tutela, giacché, così, verrebbe contraddetto il principio, cui quella legislazione tiene particolarmente, che non debba mai venire perduto il legame del minore con le proprie origini». L'interesse a rispettare il divieto coranico non nasce, peraltro, esclusivamente da istanze multiculturali, ma anche dall'opportunità di mantenere con gli Stati esteri buone relazioni diplomatiche.

quella che si presume essere la loro legge personale.

Si dimenticherebbe inoltre che con il percorso adottivo l'obiettivo è quello di inserire un bambino in una famiglia sottoponendolo, *inter alia*, in quanto minore alla stessa legislazione dei suoi genitori. L'adozione di questa prospettiva, eccessivamente garantista della *domestic jurisdiction* dei singoli Stati e desiderosa di evitare impasse internazionali, produrrebbe inevitabilmente una generazione di individui invisibili, privi di tutela e riconoscimento giuridico del loro *status*, (particolarmente grave trattandosi di bambini) e attuerebbe pericolose forme di discriminazione in base alla cultura di provenienza del soggetto che, in quanto minore, non può difendere autonomamente i propri diritti e libertà.

A tali osservazioni si somma il timore, sempre sotteso a tale tipo di operazioni, dell'eventualità di un aggiramento della disciplina in materia di immigrazione o adozione². È da considerare illegittima qualsiasi interpretazione che escluda pregiudizialmente la *kafala* dai titoli per il ricongiungimento familiare che, inoltre, penalizzerebbe (anche con *vulnus* al principio di eguaglianza) tutti i minori, di Paesi arabi, illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono, per i quali la *kafala* è l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici³.

Nel delicato rapporto tra il diritto alla vita familiare e quello al ricongiungimento parentale qualsiasi forma di limitazione o negazione del secondo provoca, contestualmente, una limitazione o negazione del primo ed è dunque necessario che il diverso significato che s'intende tutelare giustifichi, principalmente in termini di identità assiologica del sistema, la scelta di limitare o sacrificare in toto l'operatività di quel diritto⁴. Il campo semantico del diritto

² REBECCA GELLI, *Kafalah di diritto islamico ed altri atti stranieri di dismissione della potestà genitoriale: il giudizio di equiparazione ai fini del ricongiungimento familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 472 ss. L'autore analizza la decisione della Corte di Cassazione italiana, la quale a differenza di pronunce precedenti, ridimensiona l'astratta portata dei principi affermati nei precedenti giurisprudenziali che avevano autorizzato il ricongiungimento familiare del minore straniero affidato in *kafala*. La Corte, infatti, circoscrive l'ambito applicativo ai soli casi di minori che provengono da ordinamenti che non contemplino l'adozione. Per quanto riguarda l'Italia v. anche ALESSANDRA LANG, *Le Sezioni Unite chiariscono quando la Kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, pp. 91-99.

³ Sul ricongiungimento familiare e il diritto all'unità familiare, considerato tra i diritti fondamentali della persona e perciò spettante agli stranieri, cfr. Corte costituzionale, 12 gen. 1995, n. 28, in *Foro italiano*, 1995, I, c. 2068.

⁴ Cfr. il considerando n. 10 della direttiva n. 2003/86, il quale consegna all'autonomia decisionale degli Stati membri l'autorizzazione al ricongiungimento familiare «per parenti in linea diretta ascendente, figli maggiorenni non coniugati, partners non coniugati o la cui relazione sia registrata, nonché, in caso di matrimoni poligami, i figli minori di un altro coniuge», aggiungendo che l'autorizzazione «concessa da uno Stato membro a tali persone non pregiudica la facoltà per

al ricongiungimento familiare è strettamente legato al significato di famiglia e a quello di familiare⁵. In Italia il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione del 1998 ha chiarito che ai fini del ricongiungimento i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli (art. 29), evidenziando la centralità delle relazioni effettive genitori-figli, al di là di ogni possibile qualificazione giuridica, al fine di dare concretezza al diritto del minore all'unità familiare.

Quest'ultima rappresenta, ovviamente, uno dei diritti primari della persona e il ricongiungimento può ascriversi nell'insieme di garanzie giuridiche poste a tutela della famiglia, intesa quale nucleo naturale e fondamentale della società. Esso è il mezzo mediante il quale si realizza l'unità familiare e si consente a chi risiede/soggiorna regolarmente in uno Stato di essere raggiunto dai familiari provenienti da altri Paesi. Il suo riconoscimento giuridico scalfisce il principio tradizionale per il quale rientra, tra le prerogative sovrane degli Stati, la regolazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri all'interno del proprio territorio e, nella sua dimensione funzionale, appare certamente un importante indice rilevatore del salto di qualità delle politiche dell'immigrazione, da attività di contenimento a indice di integrazione. A tali valutazioni deve sommarsi la considerazione che esso nasce come un diritto forte e assume tratti ancora più intensi, dal momento che si connette con posizioni soggettive particolarmente protette, come quella del minore, che godono di speciali garanzie nel diritto internazionale.

La sua disciplina è racchiusa nella direttiva della Comunità Europea n. 86/2003, che accoglie una nozione assai ristretta di famiglia, da intendersi come nucleare, limitata al coniuge del soggiornante e ai figli minori non sposati, estensibile, tuttavia, per scelta degli Stati membri anche ad altri soggetti. La direttiva inoltre prevede che gli Stati possano revocare o rifiutare di rinnovare il permesso di soggiorno per ragioni di ordine pubblico o di sicurez-

gli Stati membri, che non riconoscono l'esistenza di legami familiari nei casi contemplati dalla presente disposizione, di non concedere a dette persone il trattamento riservato ai familiari per quanto attiene al diritto di risiedere in un altro Stato membro, quale definito dalla pertinente legislazione comunitaria».

⁵ A norma dell'art. 29 del d.lgs. n. 286/1998 che comprende: a) il coniuge non legalmente separato e di età inferiore ai diciotto anni; b) i figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il consenso; c) i figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale; d) i genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute. L'allusione è, evidentemente, al nucleo familiare composto da coniugi, genitori e figli, pur con l'apertura espressa dal comma 2 dell'art. 29, d.lgs. n. 286/1998, il quale equipara ai figli, oltre ai minori adottati, quelli «affidati o sottoposti a tutela».

za, lasciando un ampio margine di discrezionalità alla sensibilità degli organi giudicanti.

In giurisprudenza si è operata una distinzione tra l'ipotesi in cui il soggetto richiedente il ricongiungimento sia un cittadino extraeuropeo e quella in cui sia un cittadino dell'Unione Europea. Nel primo caso i giudici sono giunti a riconoscere il diritto al ricongiungimento, osservando che tra l'interesse alla tutela delle frontiere e quello del minore debba prevalere quest'ultimo. A diversi esiti è giunta altra giurisprudenza con riferimento, invece, al ricongiungimento familiare con bambino extracomunitario affidato in *kafala* a soggetti italiani⁶. Si tratta, in particolare, di chiarire se i principi che ordinano il diritto di famiglia nazionale possano essere invocati per definire il campo semantico del diritto al ricongiungimento familiare, e dunque il suo spazio applicativo, impedendo l'ingresso di significati propri di altri ordinamenti giuridici e contrastanti con quei medesimi principi.

La problematica del possibile intento elusivo della disciplina appare centrale per non riconoscere il ricongiungimento familiare sul presupposto della contrarietà all'ordine pubblico⁷. In tal senso sarebbe senz'altro legittimo decidere per il respingimento della richiesta di ingresso di un minore sub *kafala* al fine di ostacolare il diffondersi di pratiche *paraadottive* contrarie, in ipotesi, al *best interest* del minore. L'utilizzazione della normativa sull'immigrazione potrebbe inoltre portare alla coesistenza, all'interno di uno stesso ordinamento, di due misure diverse tali da consentire l'ingresso in *kafala* per i minori stranieri, in virtù dell'applicazione della normativa sul ricongiungimento familiare in contesti di immigrazione, e non permettere l'utilizzazione dello stesso strumento giuridico per i cittadini occidentali che volessero prendere in *kafala* un bambino per portarlo nel proprio Paese⁸.

⁶ In questo caso la normativa applicabile è il d.lgs. n. 30/2007, nella cui nozione di familiare non soltanto non è compreso il bambino affidato in *kafala*, ma neppure, con riferimento alle categorie di diritto interno, il minore in affidamento.

⁷ L'unico *iter* per accogliere un bambino straniero in una famiglia italiana è quello sancito dalla legge n. 184/1983. Questa conclusione è avvalorata dal differente dato normativo di cui al Testo unico sull'immigrazione, che disciplina il diritto al ricongiungimento familiare dello straniero, e il d.lgs. n. 30/2007, concernente specularmente il cittadino europeo; nel primo caso la norma si riferisce al ricongiungimento con i "*familiari ricongiungibili*", ivi ricompresi espressamente i minori affidati; nel secondo caso il diritto concerne i discendenti, con esclusione quindi dei bambini affidati.

⁸ Cfr. ANGELO VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidatario con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2010, p. 1629 ss. La dottrina italiana ritiene che l'inclusione della *kafala* nel sistema di protezione dei minori possa essere interpretato come una prova di compatibilità con l'ordine pubblico internazionale dell'istituto. Cfr. PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadino italiano e minore straniero ricevuto in kafalah: una decisione non condivisibile dalla Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 2012, p. 3 ss.

Si sostiene che il differente trattamento tra il cittadino “occidentale” e lo straniero sarebbe determinato dalla differenza delle situazioni sottostanti. Invero, per il cittadino straniero islamico, il cui ordinamento vieta l’adozione, l’unico provvedimento riconoscibile sarebbe la *kafala*; mentre per l’occidentale sussiste una normativa espressa, l’adozione internazionale. Diverse le obiezioni a tale impostazione: la disparità di trattamento tra cittadino occidentale e straniero determinerebbe un’ingiustificata discriminazione fondata sulla nazionalità, dal momento che un cittadino occidentale, di fede musulmana, sarebbe costretto a violare il principio coranico di divieto di adozione (con violazione della sua libertà religiosa) per potersi prendere cura di un minore in totale stato di abbandono⁹. Un ordinamento, che volesse tenere conto effettivamente della fede religiosa dei richiedenti, per l’ingresso di un minore affidato *sub kafala* dovrebbe operare una differenziazione sulla base della loro appartenenza confessionale e non su quella della cittadinanza.

La kafala nella recente giurisprudenza delle Corti Europee

La problematica della *kafala* è stata proposta alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e ha portato a due pronunce, nel 2012 e nel 2014. Il primo caso, *Harroudj c. France*, era basato sul ricorso di una donna, affidataria *sub kafala* di una bambina algerina, che chiedeva di poterla adottare per garantirle la possibilità di permanere in Francia e di godere dei diritti successori¹⁰. Nel secondo una coppia marocchina voleva adottare la nipote dopo aver ottenuto

⁹ In dottrina si è affermato che la giurisprudenza della Cassazione avrebbe finito con l’avalare una discriminazione fondata sulla religione e sull’origine etnica: cfr. YLENIA ROCCHINI, *La kafala marocchina alla prova dell’ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2011, p. 80 ss.; in giurisprudenza la tesi dell’illegittimità della discriminazione risultante dall’applicazione del criterio della cittadinanza è sostenuta da Tribunale di Tivoli, 22 giugno 2010, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2011, p. 805 ss. che ordina il rilascio del visto di ingresso al minore «allo scopo di evitare un’ingiustificata disparità di trattamento fra cittadino italiano ed extracomunitario in violazione dell’art. 3 Cost. e dell’art. 2 Cost. in riferimento al diritto del minore al mantenimento, alla cura ed alla conservazione degli affetti all’interno della famiglia».

¹⁰ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 4 ottobre 2012, *Harroudj c. France*, ric. n. 43631/09; ALESSIA DI PASCALE, *La kafala al vaglio della Corte Europea dei diritti dell’uomo: tra tutela dell’interesse del minore e preoccupazioni di ordine pubblico*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 115 ss.; JOELLE LONG, *Corte Europea dei diritti dell’uomo e kafalah: un’esortazione alla flessibilità del diritto civile minorile, sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo 4 ottobre 2012, caso Harroudj c. Francia*, in *Minori e giustizia*, 1, 2013, pp. 304-313; *Rapporti tra diritto francese e diritto islamico*, Osservatorio della Corte europea dei diritti dell’uomo, MARCO PACINI (a cura di), in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2013, p. 67 ss.

un provvedimento di *kafala* con il consenso dei genitori¹¹.

La Corte in entrambi i casi ha ricordato che l'art. 8 della Convenzione Europea tutela la vita privata e familiare¹², ma non per riconoscere un diritto ad adottare¹³, rilevando come in questa materia esista un margine di apprezzamento statale particolarmente ampio e concludendo, dunque, nel primo caso per la non contrarietà alla Convenzione della legge francese del 2001 (che nega la possibilità di trasformazione della *kafala* in adozione). Il punto di riferimento, l'art. 8, sembrerebbe garantire esclusivamente il diritto a vivere, al riparo da ogni intervento statale arbitrario, in seno alla propria famiglia intesa come quella forma di unione tradizionale fondata sul matrimonio.

Tuttavia, nell'interpretare la nozione di vita familiare, talora applicando anche l'articolo 14, ossia il principio di non discriminazione nel godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione, la Corte ha garantito tutela a un modello di famiglia più ampio rispetto a quello "tradizionale"; la nozione di vita familiare è, infatti, un concetto autonomo e la Corte esamina i vincoli che legano *de facto* i diversi interessati¹⁴. Essa sottolinea altresì la possibilità riconosciuta

¹¹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 dicembre 2014, *Chibhi Loudoudi et Autres c. Belgio*, II Sezione, ric. n. 52265/10.

¹² L'art. 8 CEDU impone agli Stati l'obbligo negativo di non ingerenza nella sfera privata e familiare degli individui, ma anche quello positivo di adottare misure inerenti al rispetto della vita familiare. Pertanto, laddove esiste un vincolo di natura familiare, lo Stato deve agire al fine di permettere a tale vincolo di svilupparsi. Il concetto di obbligo positivo ha permesso alla Corte di ampliare la portata dei diritti garantiti dalla Convenzione esigendo da un lato dagli Stati contraenti anche l'adozione di misure positive, ossia la garanzia agli individui di diritti e privilegi necessari per garantire la protezione dei diritti sanciti dalla Convenzione e, dall'altro lato, ponendo a carico degli Stati un obbligo di protezione della sfera privata e familiare delle persone da aggressioni poste in essere anche da privati. Poiché l'articolo 8 della Convenzione non sancisce un diritto assoluto, sia che sullo Stato pesi un obbligo negativo, sia che pesi un obbligo positivo, la Corte controllerà che le autorità statali abbiano correttamente bilanciato gli interessi concorrenti dell'individuo ricorrente e della collettività.

¹³ «Bien que le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention, les relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8 de la Convention»: Commissione Europea Diritti dell'Uomo, *X. c. France*, 5 ottobre 1982, n. 9993/82, *Décisions et rapports* (DR) 31, p. 241; *X. c. Belgique*, n. 6482/74, 10 juill. 1975, DR 7, p. 75. In un caso più recente *E.B. c. Francia* [GC], n. 43546/02, CEDH 2008, la Grande Camera ha ribadito che l'art. 8 non garantisce né il diritto di fondare una famiglia né quello di adottare. Secondo la Corte, il diritto al rispetto della vita familiare non protegge il semplice desiderio di fondare una famiglia ma ne presuppone l'esistenza o almeno il fatto che una potenziale relazione si sarebbe potuta sviluppare, oppure il vincolo nato da un'adozione legale e non fittizia.

¹⁴ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, 28 maggio 1985, par. 62, serie A, n. 94; *Beldjoudi c. Francia*, 26 marzo 1992, serie A, n. 234 A; *Berrehab c. Paesi Bassi*, 21 giugno 1988, § 21, serie A, n. 138 (inclusione dei figli legittimi); *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, (inclusione figli naturali); *X, Y t Z c. Regno Unito*, 22 aprile 1997, in *Recueil des arrêts et décisions 1997*, II, §§ 36-37 (figli concepiti con procreazione medicalmente assistita).

dal diritto nazionale francese di assicurare l'ingresso del minore nella successione dell'adulto attraverso idonee clausole testamentarie e quella di aggirare il divieto di adozione, facendo ottenere al minore la cittadinanza dello Stato in cui vive e, a quel punto, aprendo alla possibilità dell'adozione.

Attraverso simili accorgimenti, secondo la Corte, la Francia ha stabilito un meccanismo progressivo di integrazione del minore straniero, evitando di imporre la rescissione totale dei legami con il Paese d'origine, e rispettando il pluralismo culturale, operando un corretto bilanciamento tra tutti gli interessi, pubblici e privati. Secondo la Corte, inoltre, impedire l'adozione dei minori affidati sub *kafala*, o anche l'assimilazione degli effetti legali della *kafala* a quelli della adozione legittimante non è, di per sé, contrario alla Convenzione, ma occorrerà verificare in concreto l'esistenza di altri strumenti che consentano la cura degli interessi del minore. Si sottolinea inoltre che gli stessi sono suscettibili di porsi in bilanciamento con gli altri interessi sottesi alla questione, anche pubblici, come quello alla regolamentazione dell'acquisizione e delle vicende dello *status* di figlio (anche adottivo).

Nel caso francese gli organi giurisdizionali europei hanno preferito non menzionare la nozione di interesse del minore e giustificare la propria decisione in nome del pluralismo culturale. Hanno dunque ritenuto che la Francia non abbia inteso in alcun modo escludere l'esistenza di una vita familiare tra la ricorrente e la minore a lei affidata con *kafala*, realtà innegabile, ma hanno escluso la possibilità che la legge francese possa considerare l'adozione come un'ingerenza. D'altronde lo Stato francese non nega la possibilità di acquistare la cittadinanza in un periodo piuttosto breve, di cinque anni, né l'acquisizione dei diritti successorî attraverso un regolare testamento o la nomina di un tutore nel caso di morte dell'affidatario. Questa volontà di non mettere in tensione la cultura musulmana con quella occidentale è esprimibile nella formula di *une tolérance au nom de l'indifférence*¹⁵.

Nel secondo caso la Corte Europea ha scelto di seguire un ragionamento analogo, pur se con esiti diversi, e ha sottolineato che, anche se il diritto belga non riconosce l'istituto islamico della *kafala*, esso consente il trasferimento di un minore da un Paese che non ne permette l'adozione verso il Belgio. In tale ipotesi la Corte sviluppa un'analisi erronea del concetto di interesse del bambino, tendente a far prevalere sull'interesse concreto del bambino una

¹⁵ CAROLINE SIFFREIN-BLANC, *Kafala et adoption vues par la CEDH – Le refus de métamorphoser une Kafala en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux*, in *Revue des droits et des libertés fondamentaux*, 25, 2012, p. 5 ss., e in <http://www.revuedlf.com/droit-international/kafala-et-adoption-vues-par-la-cedhcommentaire>. Cf. NICOLAS HERVIEU, *L'adoption internationale aux prises avec la kafala sous le regard européen*, in *Lettres "Actualités Droits-Libertés" du CREDOF*, 2012, <http://revdh.org/2012/10/08/adoptioninternationale-kafala-regard-europeen>.

particolare concezione della politica internazionale in materia di adozione¹⁶.

Mentre alcuni autori ritengono che la nozione di “interesse del minore” nel contesto della *kafala* dovrebbe essere interpretata *in abstracto* e, in particolare nelle ipotesi di ricongiungimento familiare, questa modalità interpretativa non dovrebbe essere generalizzata a tutte le problematiche che interessano la *kafala*. In particolare, nel caso di quella intrafamiliare quando il bambino/*makful* entra in un Paese europeo, la possibilità di ottenere una procedura di adozione dovrebbe essere valutata in modo specifico. In effetti, sembra difficilmente difendibile non prendere in considerazione le varie conseguenze negative di questa istituzione che in territorio occidentale può creare diseguaglianze incompatibili con i sistemi costituzionali di tipo liberale e democratico.

È noto che in Belgio alcune tipologie di *kafala* possono ottenere riconoscimento e non altre e che il diritto del Paese sull'adozione è diventato molto restrittivo dopo l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del 1993: a partire da tale momento, infatti, la procedura di adozione non è più libera, ma inquadrata e caratterizzata dalla cooperazione tra le varie autorità centrali che attuano un *matching* tra i bambini che sono stati dichiarati abbandonati e i possibili genitori adottivi. Questo meccanismo consente, come in Francia, l'adozione solo di un bambino proveniente da Paesi che riconoscono a loro volta tale strumento giuridico e che devono dichiarare l'adottabilità dei bambini. Le pressioni della *lobby* della comunità musulmana in Belgio hanno portato all'introduzione di una legge nel 2005, relativa all'attuazione della Convenzione dell'Aja, mitigata da un'altra norma dello stesso anno¹⁷ con cui il legislatore ha riconosciuto la possibilità di trasformare una *kafala* in un'adozione a una condizione: i bambini accolti da *kafala* dovevano essere abbandonati alla nascita, orfani o dichiarati come tali dalle autorità nazionali. Tuttavia, attraverso questa legge, solo la *kafala* extrafamiliare poteva essere riconosciuta e diventare un'adozione piena¹⁸.

Il Belgio ha adottato un approccio normativo nei confronti della diversità culturale definibile *pragmatisme à géométrie variable*¹⁹ in cui, con l'utilizza-

¹⁶ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Chbili Loudoudi et autres c. Belgique* cit., *Opinion dissidente commune aux juges* İŞİL KARAKAŞ, NEBOJŠA VUČINIĆ et HELEN KELLER, par. 11.

¹⁷ *Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption du 6 décembre 2005*, in http://www.etaamb.be/fr/loi-du-06-decembre-2005_n2005009965.html.

¹⁸ Il Consiglio di Stato ha confermato nella sentenza 28 marzo 2003, n. 117667, in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.doidTexte=CETATEXT000008106344>. In ipotesi di *kafala* intrafamiliare per eccellenza non ci sarà alcuna possibilità per il figlio adottivo di ottenere un permesso di soggiorno in Belgio per ricongiungimento familiare.

¹⁹ NICOLAS BONBLED, *Les minorités culturelles en droit public belge*, in *Le droit et la diversité culturelle*, JULIE RINGELHEIM (a cura di), Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 125; FRANCE BLANMAILLAND,

zione di soluzioni *ad hoc* le autorità tendono a una potenziale unità del sistema che riesca a riequilibrare le molteplici sfaccettature presenti nel territorio.

La Corte ha, quindi, ritenuto in entrambi i casi che non vi sia stata violazione dell'art. 8 della CEDU e che sia la Francia che il Belgio abbiano agito nei limiti del margine di apprezzamento loro concesso e nel rispetto delle principali convenzioni internazionali, scegliendo di optare per la non adottabilità. Nel secondo caso si è registrata un'evoluzione giurisprudenziale dal momento che la Corte Europea ha preso in considerazione l'interesse superiore del bambino per analizzare la possibile violazione dell'art. 8. Pur avendo, tuttavia, sottolineato che il suo ruolo era quello di verificare se l'interesse superiore del bambino era stata la principale considerazione che avesse giustificato la decisione delle autorità nazionali, ha ribadito che nello stesso rientra solo il principio di avere un unico *status* personale e concludendo che le autorità erano state in grado di stimare che l'interesse della ragazza non era l'adozione, in conformità alla legge belga.

Simili premesse avrebbero più correttamente dovuto portare ad assumere una diversa prospettiva. I ricorrenti avevano, infatti, chiesto un'adozione semplice, che differisce da quella piena nel senso che consente il mantenimento dei legami giuridici con la famiglia biologica del bambino nonostante la creazione una relazione padre-figlio con i genitori adottivi. Sembra, quindi, che la Corte abbia esagerato l'impatto della possibile coesistenza di una duplicità di *status* personali sulla ragazza dal momento che, nel caso *de quo*, le sue relazioni con il Paese di origine erano ridotte alle sole vacanze estive e non aveva alcun legame affettivo con la madre biologica. La Corte ha preferito privilegiare la tutela delle decisioni belghe invece di permettere la creazione di un ambiente stabile per la ragazza. Occorre, inoltre, considerare che se esiste nel diritto francese la possibilità di superare l'impasse del divieto di adozione attraverso l'utilizzazione di alcuni *escamotages* normativi, come ad esempio, la possibilità di concedere la cittadinanza francese dopo cinque anni di residenza e quindi avviare una procedura di adozione, non esistono meccanismi simili nel diritto belga.

Le due decisioni non sono pertanto comparabili perché diverse sono le posizioni di partenza e i contesti normativi. Inoltre, nel caso belga, la ragazza di circa quindici anni di età, non è stata presa in considerazione nella sua chiara volontà di rimanere in Belgio e di considerare i genitori adottivi come i suoi veri genitori; a tale stress può essere sommato la lunghezza del procedimento che ha portato la bambina ad attendere ben quindici anni prima di poter acqui-

Droit familial et diversité culturelle: un point de vue de praticienne, in JULIE RINGELHEIM (a cura di), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 719.

sire la nazionalità belga, con evidenti ripercussioni sulla sua vita quotidiana.

Quanto alle indicazioni fornite in proposito dalla giurisprudenza della Corte Europea sembra che il compito degli Stati sia principalmente quello di trovare un giusto bilanciamento tra la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico e l'interesse concreto dei minori. Infine, è importante ribadire che l'articolo 8 della Convenzione, come è stato sempre sottolineato, non può e non deve essere interpretato nel senso di sancire un vero e proprio diritto di adottare. La scelta di uno Stato se acconsentire o meno all'adozione di un minore, infatti, dovrebbe basarsi sul principio «providing a child with a family, not a family with a child»²⁰. Tenendo comunque presente che, nel caso in cui vi sia già un legame tra il minore e la famiglia affidataria, «the State must act in a manner calculated to enable that tie to be developed and establish legal safeguards that render possible the child's integration in his family»²¹.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza depositata il 26 marzo 2019, nella causa C-129/18 ha stabilito che la *kafala* non possa essere equiparata all'adozione perché manca il rapporto di filiazione e, quindi, il minore sottoposto a tutela non possa essere incluso, in base alla direttiva n. 2004/38 sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, tra i discendenti diretti. Ha stabilito altresì che il minore possa però essere compreso nella nozione di «altro familiare» e, di conseguenza, gli Stati membri, tenuti a preservare l'unità della famiglia in senso ampio, debbano agevolare l'ingresso e il soggiorno del minore. La vicenda, che ha portato al rinvio pregiudiziale d'interpretazione, ha al centro una coppia di nazionalità francese, residente nel Regno Unito, che aveva avuto in affidamento in Algeria, con la formula della *kafala*, una minore di nazionalità algerina. Il marito era poi rientrato nel Regno Unito, ma la domanda di ingresso della minore era stata respinta dall'ufficiale responsabile per il rilascio delle autorizzazioni all'ingresso. Il Tribunale di primo grado inglese aveva respinto il ricorso, non considerando la minore come persona legalmente adottata o come familiare. La Corte di appello aveva condiviso questa posizione anche in base alla direttiva 2004/38. La *Supreme Court of the United Kingdom* ha chiesto però aiuto agli eurogiudici. Prima di tutto, la Corte UE ha stabilito che la minore non possa essere

²⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26 febbraio 2002, Frette c. France, ric. n. 36515/97, in <http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/frette%20v%20france.pdf>, in part. par. 42 e sentenza 22 settembre 2004, Pini and Others c. Romania, ric. n. 78028/01 and 78030/01, in <https://www.crin.org/en/library/legal-database/pini-and-ors-v-romanian>, in part. par. 151.

²¹ Vedi la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 giugno 2007, Wagner and J. M. W. L. c. Luxembourg, ric. n. 76240/01, in *Revue critique du droit international. privé*, 2007, pp. 807-821, e sentenza *Chibhi Loudoudi et Autres c. Belgio* cit., spec. par. 41.

considerata come “discendente diretta” (nozione propria dell’ordinamento UE) di un cittadino dell’Unione in base all’articolo 2, punto 2, lettera c) della direttiva, perché la *kafala* in Algeria è temporanea e revocabile e coloro che hanno la tutela del minore non sono legati da un rapporto di filiazione o di adozione, quest’ultima vietata in Algeria. Così, considerando che la sola tutela legale permanente non rende il minore, posto sotto tutela, un discendente diretto (per adozione) del suo tutore, va esclusa la possibilità di includere il minore tra i discendenti diretti. Detto questo, però, la Corte UE ritiene che il minore possa essere considerato come “altro familiare” secondo la direttiva. Spetta così alle autorità nazionali accertare se si tratti di altro familiare in grado di avvalersi dell’articolo 3 della direttiva, che impone agli Stati membri di agevolare l’ingresso e il soggiorno dei familiari. Nella valutazione, i giudici nazionali dovranno mettere in primo piano l’interesse superiore del minore, affermato nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, e la tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare garantita dall’articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea che, in base all’articolo 52 paragrafo 3, ha lo stesso significato e la stessa portata dell’articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Un’imperfetta coincidenza di modelli giuridici non dovrebbe, tuttavia, impedire agli interpreti di garantire la riconoscibilità della *kafala*, al fine di assicurare il supremo interesse del minore. La natura di questo sistema attribuisce, infatti, una pesante responsabilità ai giuristi, chiamati non solo a scegliere quale regime processuale applicare, ma soprattutto a stimolare l’evoluzione coscienziosa e razionale dell’intero sistema.

Appare, dunque, evidente l’urgenza di un impegno nel ricercare con ogni sforzo una soluzione alla questione in un’ottica di apertura multiculturalista, sempre nel rispetto delle tradizioni culturali e giuridiche dei Paesi occidentali e dei Paesi di religione islamica ma, soprattutto, finalizzata a soddisfare l’interesse del minore e del suo sviluppo psico-fisico nel rispetto dei suoi diritti, considerando a tal fine la possibilità di comprendere all’interno del ventaglio di soluzioni alternative anche la *kafala*.