

La tutela del minore straniero e la nozione di legami familiari: il riconoscimento della *kafala*

di Eleonora Ceccherini

Title: The protection of foreign child and the notion of family ties: the recognition of kafala

Keywords: Best interest of child; The notions of direct descendant and other family members; Their respect of family life.

1. – La pronuncia in questione definisce la domanda in via pregiudiziale della *Supreme Court* del Regno Unito in merito all'inquadramento dello *status* di un minore, affidato a dei tutori con cittadinanza di un paese dell'Unione, con la formula della *kafala*.

Con questa espressione, si fa riferimento all'istituto del diritto musulmano in base al quale un singolo o una coppia (*kafil*) si impegna solennemente ad avere cura di un minore (*makful*), fino alla maggiore età, assumendosi tutti gli obblighi economici e morali assimilabili a quelli di un genitore. La *kafala* non fa, però, assumere il titolo di erede legittimo al minore e non recide i vincoli con la famiglia naturale; inoltre, può essere anche revocata su istanza dei genitori o del tutore. Si tratta di uno strumento che aggira il divieto della religione islamica all'adozione e al contempo garantisce misure di sostegno per i minori in stato di abbandono o di estrema indigenza. Nel mondo islamico sussistono due tipi di *kafala*: quella giudiziale, a carattere pubblicistico e quella negoziale o convenzionale. La prima si concretizza nel momento in cui un tribunale accerta la sussistenza dei requisiti per l'adulto affidatario, verifica le volontà della famiglia biologica ad attivare la *kafala* o la condizione di orfano ed emana un provvedimento costitutivo dell'istituto; la seconda, invece, si configura attraverso un accordo fra le due famiglie – quella di accoglienza e quella naturale – e molto spesso è stipulato di fronte a un notaio (sulle diverse discipline negli ordinamenti di matrice islamica della *kafala*, R. Aluffi Beck Peccoz, *Le leggi nel diritto di famiglia negli Stati Arabi del Nord-Africa*, Torino, 1997, passim; A. Cilardo (cur.), *La tutela dei minori nella cultura islamica nell'area mediterranea*, Napoli, 2011).

2. – Il caso *de quo* riguarda una coppia coniugata di nazionalità francese ma residente nel Regno Unito, che aveva la custodia legale *sub kafala* di una minore di cittadinanza algerina, SM, a seguito di una sentenza del tribunale di Tizi Ouzou (Algeria). La minore in questione richiedeva il permesso di ingresso nel Regno Unito a titolo di figlia adottiva, richiamandosi alla normativa eurounitaria e nazionale per il ricongiungimento familiare.

La questione verte sull'interpretazione degli articoli 2, punto 2, lett. c), 27 e 35 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto

dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

L'art. 2, punto 2 della direttiva in questione specifica che lo *status* di familiare, in base al quale si possa richiedere il ricongiungimento, è riconducibile ai discendenti diretti di età inferiore ai 21 anni o a carico e quelli del coniuge o *partner*. Peraltro, la stessa formulazione è stata mutuata integralmente dall'art. 7 dell'*Immigration Regulation* 2006 del Regno Unito. Tuttavia, per i profili evidenziati in premessa, la *kafala* non è costitutiva dello *status* di discendente diretto e lo stesso *Adoption and Children Act*, 2002 all'art. 66, par. 1 elenca le adozioni che gli ordinamenti di Inghilterra e Galles riconoscono e fra questi non compare la *kafala*. Pertanto, sulla base di questa ricostruzione, le autorità statali negano il permesso di entrata. La vicenda, però si snoda ancora a livello giurisdizionale: un primo grado di giudizio conferma la legittimità del diniego dell'amministrazione, mentre in seconda istanza, i giudici, pur ribadendo l'irriducibilità della *kafala* a un procedimento di adozione, ritengono che SM possa aspirare a ottenere il visto di ingresso, potendo essere assimilato il suo *status* a quello di «altro familiare che è a carico o convive, nel paese di provenienza con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale», secondo quanto indicato nell'art. 3, par. 2, lett. a) della direttiva 2004/38 e previsto anche dall'art. 8 dell'*Immigration Act* britannico.

A seguito di queste incertezze interpretative, la *Supreme Court*, adita dall'amministrazione che aveva interposto appello, decide di rinviare la questione al giudice eurounitario. In particolare, il giudice del rinvio ritiene che sussista incertezza sulla definizione di discende diretto. In primo luogo, perché la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento in merito al recepimento della direttiva 2004/38 indica nel novero dei discendenti diretti anche i minori sottoposti a tutela in via permanente; in secondo luogo, viene posto un rilievo critico circa il fatto che la nozione di discendente diretto sia lasciato alla discrezionalità dei paesi membri, invocando, invece, un'interpretazione uniforme su tutto il territorio dell'Unione, anche a seguito del pluralismo interpretativo nello spazio europeo circa l'istituto di diritto islamico; in terzo luogo, viene richiesto se gli Stati possono, ai sensi degli artt. 27 e 35 della direttiva, rifiutare l'ingresso di minori, qualora vi sia il pericolo che possano essere oggetto di sfruttamento, abuso o tratta di essere umani; infine, il rinvio pregiudiziale pone la questione se a prescindere dallo *status* del minore, le autorità possano considerare l'interesse superiore del minore nel valutare l'accoglimento dell'istanza.

1744

3. – Nel definire le questioni sollevate, la Corte richiama le fonti del diritto internazionale e sovranazionale per procedere all'interpretazione della normativa eurounitaria.

Rispetto all'ipotesi della piena equiparabilità della *kafala* all'adozione, un valido ausilio viene fornito dalla lettura di alcuni trattati internazionali, i quali non sembrano accreditare la piena fungibilità della *kafala* a un'adozione legittimante. Infatti, la Convenzione dell'Aja del 1993 in materia di adozione internazionale non fa alcuna menzione della *kafala* e, al contempo, la Convenzione dell'Aja del 1996 (sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori), disciplinando le misure a favore della persona o dei beni minori, quali la collocazione del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale, cita espressamente la *kafala*, inducendo quindi a ritenere che l'istituto coranico sia strumento di sostegno all'infanzia diverso dall'adozione. Pertanto, univocamente il diritto internazionale esclude la piena equipollenza dell'adozione alla *kafala*.

La disamina operata dai giudici rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo sembra condurre allo stesso esito. Infatti, nelle due sentenze in cui la Corte di Strasburgo ha avuto l'opportunità di intervenire sull'istituto in questione (*Harroudj*

c. Francia, 4 ottobre 2012 e *Chbihi Loudoudi e a. c. Belgio*, 16 dicembre 2014), è stato precisato che, compiendo un'analisi di diritto comparato, nessun paese assimila la *kafala* all'adozione. Tuttavia, sembra innegabile per i giudici del Tribunale Edu che la sussistenza della *kafala* contribuisca a costituire un legame familiare, al di fuori di quello naturale, ricadente sotto l'egida dell'art. 8 della Convenzione in merito al rispetto della vita familiare, sebbene permangano per il *makful* vincoli con la famiglia biologica. Sulla base di questi elementi, la Corte di Giustizia, accogliendo integralmente le conclusioni dell'Avvocato generale, ritiene che la *kafala*, per gli elementi posti in rilievo (revocabilità, cessazione al raggiungimento della maggiore età, esclusione dello *status* di erede del tutore) non può essere meritevole di produrre un legame di filiazione e quindi si esclude la condizione di discendente diretto ai sensi dell'art. 2, punto 2, lettera c) della direttiva 2004/38.

4. – Tuttavia, il giudice europeo integra le sue conclusioni, affermando che l'art. 3, paragrafo 2 della medesima direttiva 2004/98 dispone che gli Stati membri hanno l'obbligo di concedere una speciale attenzione alle richieste di ingresso di «ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, punto 2, se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale (...)».

Gli elementi necessari per esaminare attentamente le istanze sono lasciati alla discrezionalità degli Stati membri, anche se – precisa la Corte – le autorità statali sono vincolate al rispetto dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che impone il rispetto della vita privata e familiare, da interpretarsi, peraltro, nella stessa prospettiva dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La connessione fra l'esegesi della Carta dei diritti e quella della Convenzione EDU spinge a ritenere che il rapporto che si estrinseca fra il *kafil* e il *makful* possa farsi rientrare a tutti gli effetti in una relazione familiare. A questo proposito, la sentenza, pur ribadendo che spetti agli Stati membri individuare gli elementi che debbano essere presi in considerazione per saggiare la solidità del legame, definisce una sorta di *test* con il quale le autorità possono essere messi in grado di valutare attentamente la robustezza del vincolo familiare. Fra i profili rilevanti, si elencano: l'età del minore nel momento della costituzione della *kafala*, l'esistenza di una vita in comune del tutore e del minore; il grado delle relazioni affettive che si sono realizzate; il livello di dipendenza del minore nei confronti dei suoi tutori sia da un punto di vista economico che legale.

Una volta verificata la sussistenza dei requisiti sopra indicati, i giudici eurounitari esortano le autorità britanniche a ricondurre il minore in regime di *kafala* alla fattispecie di «altro familiare», come indicato dall'art. 3, paragrafo 2 della direttiva in questione, qualora ritengano che il ricongiungimento familiare costituisca il miglior interesse del minore.

Nel caso di specie, il diniego del visto di entrata provocherebbe, sia un nocumento alla condizione del minore - poiché vedrebbe interrompersi una continuità affettiva - sia una lesione della vita familiare dei genitori affidatari, in quanto almeno uno, dovrebbe rinunciare al ritorno nel Regno Unito per ottemperare ai doveri assunti in ossequio alla sentenza che pronuncia la *kafala*.

In merito alla seconda questione pregiudiziale, e cioè se gli stati membri possono opporsi al riconoscimento dei provvedimenti di tutela legale, quali la *kafala*, secondo l'art. 27 della direttiva 2004/38 per contrasto all'ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, l'organo giurisdizionale ritiene che la risposta al quesito sia già assorbito dall'analisi fatta precedentemente. Cioè a dire, la considerazione del miglior interesse del minore preclude, infatti, che venga concesso il permesso di entrata a un minore che, dopo il vaglio della sua situazione specifica, possa essere ritenuto vittima di sfruttamento, abuso o tratta di essere umani. Ad *addendum*, l'art. 35 della medesima direttiva prevede che gli stati membri possano, oltre che rifiutare, anche estinguere o

revocare un diritto contemplato nella direttiva, qualora vi sia stato abuso di diritto o frode. A questo fine, le istituzioni nazionali possono spingersi anche a vagliare i procedimenti nazionali che hanno dichiarato la *kafala*. L'insieme di queste misure possono essere considerate sufficienti per tutelare la condizione del minore, la quale deve essere, comunque, verificata puntualmente e non genericamente presunta.

5. – Dall'analisi della sentenza si possono evincere alcuni profili di riflessione. *In primis*, si conferma che le argomentazioni della Corte di Giustizia sono tributarie dell'ordinamento internazionale e sovranazionale, testimoniando una crescente osmosi fra i diversi sistemi e accreditando l'ipotesi di una tutela multilivello stratificata.

Tuttavia, balza agli occhi come la sentenza ignori un testo da ritenersi strategico per l'esatta ricostruzione dell'istituto che è la convenzione O.N.U. sui diritti del fanciullo del 1989, (rilevata, invece, opportunamente dalle conclusioni dell'avvocato generale) che all'art. 20 indica come la protezione del fanciullo può avvenire «per mezzo dell'affidamento familiare, della *kafala* di diritto islamico, dell'adozione». Già lo stessa formulazione della disposizione avrebbe aiutato a distinguere l'istituto islamico dall'adozione ma non solo, avrebbe potuto convincere i giudici a valutare prevalentemente la finalità di protezione che governa questo tipo di affidamento, sgomberando il campo dal sospetto che non fosse uno strumento giuridico protettivo dell'infanzia abbandonata.

Si possono, inoltre, fare riflessioni sulle motivazioni che hanno spinto il giudice del rinvio a intraprendere la via della Corte di Lussemburgo. Proprio la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, evocata sia nelle conclusioni dell'Avvocato generale che nella sentenza, avrebbero potuto opportunamente indirizzare l'esito processuale nazionale, in quanto in entrambe le pronunce citate, la *kafala* non viene mai riconosciuta come coincidente con l'istituto adottivo. A questa conclusione, sarebbe stato agevole pervenire anche grazie a un'accurata indagine di diritto comparato, che la stessa sentenza Edu Harroudj offre.

C'è da chiedersi se l'esito del rinvio pregiudiziale della *Supreme Court* possa essere rilevante anche per l'ordinamento italiano. In realtà, nonostante alcune pronunce iniziali - che qualificavano l'istituto come contrario all'ordine pubblico - la Corte di Cassazione ha equiparato la *kafala* all'affidamento (cfr., fra le altre, sentenze della Corte di Cassazione n. 21395 del 2005 e n. 28154 del 2017), ravvisando in entrambi gli istituti una medesima funzione e cioè quella della protezione del minore in stato di vulnerabilità. È di supporto a questa ricostruzione anche il reiterato riconoscimento della rilevanza del principio del miglior interesse del fanciullo. Quest'ultimo, radicato nel par. 3.1 della convenzione sui diritti dell'infanzia, oltre che nell'art. 24.2 della Carta dei diritti dell'Unione, è divenuto una sorta di prisma ermeneutico attraverso il quale determinare i diritti dei minori, come autorevolmente sostenuto più volte dalla Corte costituzionale (sull'affermazione del principio nella giurisprudenza costituzionale, cfr. E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016).

Sulla scia di quanto ricostruito, la sentenza della Corte di Giustizia costituisce solo un'ulteriore prova dell'accortezza e della solidità dei giudici italiani nell'inquadrare l'istituto islamico. L'ordinamento italiano, infatti, non oppone remore a ritenere pienamente valida ed efficace la sentenza di un tribunale straniero che dispone la *kafala* in favore di una cittadina italiana, legittimando la presenza del minore sul suolo italiano, così escludendo che sussista un obbligo di nominare il *kafil* come tutore o rappresentante legale del minore con provvedimento domestico (fra le sentenze più recenti, Tribunale di Mantova, sentenza del 10 maggio 2018 che ha riconosciuto l'efficacia di un tribunale algerino, che disponeva la *kafala* a favore di una cittadina italiana ai sensi degli artt. 65 e 66 della legge n. 218 del 1995 e richiamandosi all'art. 20 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, oltre che all'art. 3, lett. e) e

33 della convenzione dell'Aja del 1996; sul punto, cfr. C. Cersosimo, *È pienamente valido ed efficace nel nostro ordinamento giuridico il provvedimento estero che dispone la kafalah di una minore straniera in favore di una cittadina italiana*, in *Famiglia*, 17 giugno 2018).

La sentenza della corte U.E. lascia però impregiudicati ulteriori aspetti, fra cui il rilievo da dare alla *kafala* convenzionale. Sebbene la Corte di Cassazione nella sentenza n. 28154 del 2017 abbia riconosciuto il diritto al ricongiungimento familiare a una minore marocchina affidata a una cittadina italiana in regime di *kafala* negoziale omologata dal giudice notarile di Rabat, è logicamente più impervio l'automatico riconoscimento, in quanto i dubbi che queste negoziazioni fra privati celino inconfessabili mercimoni riemergono con tutta la loro forza. A opporsi a questa ipotesi, è la previsione tratteggiata nella sentenza nella parte in cui legittima le autorità nazionali a verificare l'*iter* procedimentale che ha condotto alla pronuncia della *kafala*, al fine di accertare che l'istituto non celi finalità contrarie all'ordine pubblico.

Altro profilo su cui permane incertezza riguarda il rapporto fra *kafala* e adozione. Sembrerebbe, infatti, escluso che il riconoscimento della *kafala* possa costituire il passo preliminare per la richiesta di adozione legittimamente del minore. Osterebbe a questa conclusione il fatto che l'istituto in questione si radica in quei paesi in cui l'adozione è vietata. Pertanto, non potrebbe darsi l'ipotesi che l'atto costitutivo pronunciato da un'autorità straniera con obiettivi e finalità ben precisi possa dare luogo a esiti *contra legem* nello stato di provenienza.

L'adozione per il diritto islamico recide le radici culturali e religiose del minore con le proprie origini e la propria famiglia e per questo che la *kafala* costituisce la sintesi di un "bifamiliarismo", che, invece, è estraneo alle sensibilità occidentali, ancorate ancora a una nozione di famiglia incardinata nei binari dei legami di sangue o dell'assunzione dello *status filiationis* in senso pieno attraverso l'adozione, in cui il monopolio affettivo ed educativo è riservato in via esclusiva a un'unica famiglia (S. Mondino, *Cultura giuridica islamica e la famiglia marocchina in una prospettiva migratoria*, in I. Zuanazzi, M. C. Riscasio (cur.), *Le relazioni familiari nel diritto interculturale*, Tricase, 2018, spec. p. 294; J. Long, *Ordinamenti giuridici occidentali e kafalah divieto d'adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2003, 178 ss.). Certo si tratta di un profilo estremamente delicato in cui da una parte resta da chiedersi se il miglior interesse del minore non dovrebbe condurre sullo sfondo all'integrazione piena del minore nella famiglia di accoglienza, mentre dall'altra parte, rimangono legittime i timori che la *kafala* si tramuti in una modalità elusiva dei requisiti richiesti dai singoli ordinamenti per ottenere l'idoneità ad adottare. In Italia, forse una soluzione che bilancia tutti gli interessi in gioco potrebbe essere quella di ricorrere all'adozione in casi particolari, prevista dalla legge n. 184 del 1983, ma il tema resta invero molto delicato data le differenti discipline esistenti nello spazio europeo (cfr. anche le motivazioni della sentenza Edu, *Harroudj c. Francia*, cit.).

Infine, resta imprecisata - ma perché non oggetto del rinvio pregiudiziale - la sorte del minore *sub kafala*, una volta raggiunta la maggiore età, poiché questa rappresenta il termine entro il quale spira il cosiddetto "affidamento islamico". In questo caso, all'adulto straniero potrà essere concessa la cittadinanza, ai sensi della disciplina vigente in ciascun stato membro, se in possesso dei requisiti (anche se vi è il rischio che i tempi della residenza nel paese richiesti siano tali da non poter far istanza immediata al momento della maggior età), ovvero si auspica che possa accedere a un permesso di soggiorno in modo da rendere regolare la propria presenza sul territorio nazionale.

In merito a quest'ultimo punto, ancora una volta l'esempio italiano può essere utile da considerare, in quanto la Corte costituzionale nella sentenza n. 198 del 2003, ha ritenuto che l'interesse del minore si amplia fino a ricomprendere l'obbligo per le autorità pubbliche di concedere titolo autorizzativo di soggiorno all'individuo che, a qualsiasi titolo legittimo, abbia risieduto sul territorio nazionale durante la minore età.