



FEDERICA DI PIETRO*

LA KAFALAH ISLAMICA E LE SUE APPLICAZIONI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Il significato e l'applicazione della *kafalah* negli ordinamenti islamici. - 2. Il riconoscimento della *kafalah* quale strumento di protezione internazionale dei minori. - 3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'applicazione dell'art. 8 Cedu in materia di *kafalah*. - 3.1. *I profili di fatto*. - 3.2. *Le motivazioni in diritto*. - 4. Conclusioni

1. Il significato e l'applicazione della *kafalah*¹ negli ordinamenti islamici

* Dottore di ricerca in *International and Criminal Justice*, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pavia e Università di Cordoba.

¹ Nel presente scritto si è scelto di procedere all'esame dell'istituto della *kafalah* unicamente in relazione alle tematiche riguardanti l'adozione di minori decidendo volutamente di tralasciare il tema dei lavoratori migranti che dall'Asia si spostano nelle aree del Golfo in cerca di un'occupazione. In relazione alle migrazioni lavorative giova precisare che si tratta di un fenomeno in continua espansione e che, secondo i dati riportati dalle principali organizzazioni internazionali, coinvolge la gran parte dei lavoratori migranti nei Paesi del Golfo ed in particolare, i lavoratori impiegati nel settore delle costruzioni e dell'agricoltura. V. ILO, *Tricked and trapped, Human trafficking in the middle east*, 2013. L'istituto della *kafalah* viene utilizzato per regolamentare il numero dei migranti che viene scelto in base a quanto strettamente necessario a coprire i fabbisogni di famiglie ed imprese. In sostanza, i lavoratori migranti possono condurre regolari attività lavorative solo in presenza di un accordo tra il datore di lavoro o lo sponsor e il lavoratore, relegando allo sponsor ogni responsabilità sia dal punto di vista legale che finanziario. Tale pratica, senza essere supportata da provvedimenti normativi volti alla tutela dei lavoratori migranti, fa sì che lo sponsor abbia pieno controllo sulla vita del lavoratore causando gravi violazioni dei diritti umani dei migranti. In particolare, oltre al lavoro forzato a cui sono sottoposti i lavoratori migranti in conseguenza del rapporto non regolamentato tra datore di lavoro e *kafil*, si registrano violazioni legate a falsi contratti firmati dai migranti prima della partenza dallo Stato di origine a cui si aggiunge un persistente stato di precarietà dovuto alla minaccia della rottura del rapporto di lavoro tra lavoratore e sponsor e la conseguente espulsione verso il Paese di origine. Infine, si segnala, la pratica utilizzata dai datori di lavoro di non rilasciare i documenti di identità dei lavoratori in modo da impedire un loro allontanamento anche solo per poter accedere alle cure mediche. Per ulteriori approfondimenti sul tema si rimanda allo scritto di C. JEANGÉY, *Il sistema della kafala e la tutela dei lavoratori migranti nella penisola arabica*, in L. PANELLA ed E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghi*, Torino, 2012, p. 397. Si leggano inoltre i seguenti articoli S. PESSOA, L. HARKNESS, A. M. GARDNER, *Ethiopian labour migrants and the "free visa" system in Qatar*, in *Human Organization*, vol. 73, n. 3, 2014, p. 205; P. AMRITA, *"The Paper that You Have in Your Hand is My Freedom": Migrant Domestic Work and the Sponsorship (Kafala) System In Lebanon*, in *Int. Migr. Rev.*, vol.47(2), giugno 2013, p. 414 e M. BALDWIN EDWARDS, *Labour immigration and labour markets in the GCC countries: national patterns and trends*, The London School of Economics and political science, London, 2013.

A causa delle grandi ondate migratorie provenienti dai Paesi dell'area islamica i legislatori europei sono chiamati a confrontarsi sempre più frequentemente con istituti giuridici difficilmente assimilabili a quelli presenti in occidente. Tra gli istituti di diritto straniero che non trovano riconoscimento negli ordinamenti occidentali, oltre ai più noti poligamia e ripudio, vi è anche la *kafalah*²: si tratta di uno strumento giuridico in uso nella maggior parte dei Paesi dell'area islamica³ il quale, nonostante presenti alcuni tratti in comune con l'adozione, non può esservi assimilato per espresso divieto coranico.

La *kafalah* è un istituto di diritto islamico che consiste nell'affidare un minore in stato di necessità (*makful*) ad un adulto, o sarebbe meglio, ad una coppia di adulti (*kafil*) che si impegnano con atto revocabile pronunciato dinanzi ad un notaio o ad un giudice a prendersene cura fino al raggiungimento della maggiore età⁴. A differenza di quanto previsto per l'adozione, tra il *kafil* ed il minore non può sorgere un rapporto di filiazione e il minore non può acquisire diritti ereditari⁵, né prendere il nome del *kafil*.

Nella maggior parte degli ordinamenti che si ispirano alla religione islamica⁶ l'adozione, così come intesa nei sistemi occidentali, è vietata poiché si ritiene che il rapporto di filiazione naturale sia espressione della volontà di Dio e che non possano includersi nella famiglia membri che non siano biologicamente legati ad essa⁷. Nonostante il

² Il grande flusso di migranti provenienti dalle aree di fede islamica ha portato ad interrogarsi con sempre maggiore frequenza sulla compatibilità della *kafalah* agli strumenti giuridici di protezione dei minori offerti dagli ordinamenti occidentali ed al diritto al ricongiungimento familiare riservato ai minori. Sul punto si legga J. LONG, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafalah e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 175 ss.

³ Per un'analisi sull'applicazione della *kafalah* nei Paesi dell'area islamica si rimanda a T. TOMEO, "La Kafala", *Comparazione e diritto civile*, maggio 2013, p. 4, R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 208, A. CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea, Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli, E.S.I., 2011, p. 219 ss e J. LONG, *La kafalah come banco di prova per un diritto "interculturale"*, in *Minori e giustizia*, n. 2, 2012, p. 254 ss. L'autrice sottolinea che i Paesi che riconoscono la *kafalah* hanno legislazioni assai differenti, tuttavia esse hanno in comune il fatto di essere basate sul riconoscimento di una comune matrice religiosa di ispirazione coranica.

⁴ Per un'analisi approfondita dell'istituto della *kafalah* in Spagna si legga P. DIAGO DIAGO, *La Kafala islamica en España*, *Cuad. der. tran.*, vol. 2, n. 1, 2010, p. 140 ss. e in <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/98/96> (ultimo accesso in data 9 luglio 2015). Nell'articolo si descrive ampiamente l'istituto e la sua applicazione nel diritto spagnolo. In proposito l'autrice afferma: «el termino "Kafala" en árabe hace referencia a dos conceptos, uno relacionado con la garantía de pago pero no sólo referida a cuestiones pecuniarias y otro, ..., referido al compromiso de cuidado de un menor y que esta íntimamente relacionado con el interés del niño en que se declara fundada la La *Sharia*, la ley islámica».

⁵ Ciò ad eccezione del fatto che il *Kafil*, mediante una dichiarazione testamentaria non decida di equiparare il *makful* ad uno dei suoi eredi. Si legga M. ORLANDI, *La Kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 635 ss.

⁶ V. J. LONG, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafala e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 175 ss., A. GALOPPINI, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 149 e C. E. TUO, *Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto delle diversità culturali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, pp. 43-80.

⁷ Si narra che il divieto coranico all'adozione trovi la sua origine in un episodio relativo alla vita di Maometto. Sembra infatti, che il Profeta avesse adottato Zayd B. Muhammad e che, giunto nella sua casa si fosse innamorato della nuora, Zaynab. In epoca pre-islamica l'adozione era considerata lecita ed era vietato contrarre matrimonio in presenza di vincoli parentali stretti. In seguito ad una Rivelazione però, fu dichiarato che l'adozione non fosse equiparabile ad un vincolo di sangue. Grazie a questa prescrizione Maometto fu libero di sposare Zaynab. A proposito del divieto coranico all'adozione si legga il versetto XXXIII, 4-5, il quale afferma che «Dio non ha posto nelle viscere dell'uomo due cuori, né ha fatto delle mogli vostre che voi ripudiate col *zihar*, delle madri, né dei vostri figli adottivi dei veri figli. Questo lo dite voi con la vostra bocca,

divieto di adottare minori posto dal diritto islamico⁸, tra i principi coranici vi è però una prescrizione che prevede che un “buon musulmano” è tenuto ad aiutare i poveri ed in particolare gli orfani, principio su cui poggia il riconoscimento giuridico della *kafalah*.

Soffermandoci brevemente sugli aspetti tecnici dell'istituto, giova ricordare che affinché la *kafalah* sia considerata lecita è necessaria la previa dichiarazione di abbandono del minore. Inoltre, per poter essere nominati *kafil* è necessario soddisfare determinati requisiti quali la fede islamica, la maggiore età ed avere una posizione economica sufficientemente solida da permettere di provvedere al minore⁹. Infine, poiché dalla *kafalah* non deriva alcun rapporto di filiazione, si richiede all'autorità pubblica competente per la tutela dei minori di vigilare sull'inserimento del minore nel nucleo familiare a cui lo stesso è affidato fino alla revoca del provvedimento, che normalmente si protrae fino al raggiungimento della maggiore età, limite temporale che segna la fine del rapporto venutosi ad instaurare tra *kafil* e *makful*.

2. Il riconoscimento della *kafalah* quale strumento di protezione internazionale dei minori

Dalla disamina delle principali convenzioni internazionali a tutela dei fanciulli emerge che la *kafalah* è stata riconosciuta tra gli strumenti di protezione del minore¹⁰. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 conferisce pieno riconoscimento all'istituto, ed a tal proposito, prevede all'articolo 20, paragrafo 3, che al fanciullo temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare o che non possa essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, debba essere fornita una delle forme di protezione sostitutive tra le quali viene menzionata espressamente la *kafalah*. La Convenzione prevede inoltre, che gli Stati, nell'effettuare una selezione tra le diverse forme di tutela del minore, elencate all'interno dell'articolo, debbano tenere conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica¹¹.

ma Dio dice la Verità e guida sulla Via! Chiamate i vostri figli adottivi dal nome dei loro veri padri, siano essi vostri fratelli nella religione e vostri protetti. E non vi saranno imputati a peccato gli errori che ignari abbiate commesso a questo riguardo, ma solo quel che intenzionalmente avranno voluto i vostri cuori. E Dio è indulgente clemente!».

⁸ Il riferimento al divieto di adottare si trova nel Corano, Sura XXXIII, vv 4-5, 37-40. Si riportano in particolare i versi 4 e 5: «Allah non ha posto due cuori nel petto di nessun uomo, né ha fatto vostre madri le spose che paragonate alla schiena delle vostre madri, e neppure ha fatto vostri figli i figli adottivi. Tutte queste non son altro che parole delle vostre bocche; invece Allah dice la verità, è Lui che guida sulla [retta] via.» “Date loro il nome dei loro padri: ciò è più giusto davanti ad Allah. Ma se non conoscete i loro padri siano allora vostri fratelli nella religione e vostri protetti. Non ci sarà colpa per voi per ciò che fate inadvertitamente, ma per quello che i vostri cuori fanno volontariamente. Allah è perdonatore, misericordioso».

⁹ Cfr. A. VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidatario con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani*, in *Dir. fam.*, 4, 2010, p. 1629.

¹⁰ La dottrina italiana ritiene che l'inclusione della *kafalah* nel sistema di protezione dei minori possa essere interpretato come una prova di compatibilità all'ordine pubblico internazionale dell'istituto. Sul punto si legga ampiamente R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, 197 ss e P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadino italiano e minore straniero ricevuto in kafalah: una decisione non condivisibile dalla Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2012, p. 3.

¹¹ La dottrina ha sottolineato il fatto che la Convenzione indichi quali siano i criteri a cui far riferimento al momento di scegliere un istituto di protezione del minore. V. R. CLERICI, *La compatibilità del diritto di famiglia musulmano con l'ordine pubblico internazionale*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 207.

Un riferimento alla *kafalah* si rinviene altresì nella Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 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*, la quale, come già la Convenzione di New York, include l'istituto islamico tra le diverse forme di protezione del minore. Autorevole dottrina ha messo in rilievo che la decisione di introdurre la *kafalah* tra gli strumenti riconosciuti a livello internazionale a protezione del minore sia stata dovuta al Marocco¹², che già in precedenza aveva richiesto alla Commissione speciale preposta all'attuazione della Convenzione *sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale* che venisse redatto un Protocollo addizionale alla Convenzione del 29 maggio 1993¹³ nel quale fosse dato pieno riconoscimento giuridico a tale istituto¹⁴.

A conclusione di questo breve *excursus* sulle principali convenzioni internazionali a tutela del minore, si ricorda che, secondo la dottrina, l'istituto islamico può essere annoverato quale strumento giuridico di protezione dei minori anche in territorio africano. Il ragionamento che ha portato gli autori ad una simile convinzione si basa sulla possibile interpretazione da dare all'articolo 24 della Carta Africana sui diritti e sul benessere del bambino del 1990.

La norma prevede che l'adozione internazionale sia l'ultima ipotesi alla quale ricorrere «if the child cannot be placed in a *foster* or an adoptive *family* or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin». Secondo l'interpretazione data dalla dottrina, il riferimento alla cd. «*foster family*» sembrerebbe far presumere, sebbene in maniera implicita, ad un ulteriore riferimento all'istituto della *kafalah*¹⁵ in ambito internazionale.

3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'applicazione dell'art. 8 Cedu in materia di *kafalah*

Se volgiamo la nostra attenzione al sistema di tutela dei diritti dei minori posto in essere in ambito regionale, non possiamo non prendere come punto di riferimento la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. È interessante infatti soffermarsi ad analizzare le due pronunce emanate dalla Corte di Strasburgo in materia, poiché dal loro

¹² Il Marocco prevede la *kafalah* all'articolo 2 della Legge del Regno del Marocco n. 15.01 relativa alla “*kafalah* dei minori abbandonati”, promulgata con *dahir* n. 1-02-172 del 136/2002. Si legga anche J. LONG, “*kafalah*”, *La Cassazione fa il passo del gambero*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, vol. I, p. 836.

¹³ Sulla questione si leggano i documenti relativi alla proposta del Marocco: Doc. Trav. No. 10, in *Conference de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Dix-huitième session*, T. II, 1998, p. 230, e *Note sur les propositions marocaines et précisions sur l'institution de la kafala* a p. 86 dello stesso documento, ed infine, il rapporto della Commissione speciale, *Rapport de Séance* n. 16, 7 febbraio 1995.

¹⁴ In proposito, si ricorda che il Marocco ha firmato la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 *sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione del minore* il giorno in cui la *kafalah* è stata inclusa tra gli strumenti internazionali di protezione del minore. In merito cfr. C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, gennaio-marzo 2008, pp. 70-71.

¹⁵ Vedi sul punto, la nota n. 31 dell'intervento di M. NISTICÓ, *Kafala islamica e condizione del figlio minore. La rilevanza della Kafala nell'ordinamento italiano, La famiglia davanti ai suoi giudici*, Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Catania 7-8 giugno 2013 in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/NISTICO.pdf> (ultimo accesso 9 luglio 2015).

esame possono ricavarsi importanti indicazioni per gli Stati al momento di dare un adeguato riconoscimento giuridico alla *kafalah* nel diritto interno.

La prima sentenza della Corte europea risale al 4 ottobre 2010¹⁶ ed è relativa alla richiesta di una donna francese di un provvedimento di adozione nei confronti di una neonata di nazionalità algerina; la seconda invece, più recente, è datata 16 dicembre 2014¹⁷ e vede in qualità di ricorrenti una coppia di coniugi marocchini alle prese con il rifiuto da parte delle corti belghe di concedere loro in adozione la nipote. Entrambi i casi, seppur con sfumature diverse, presentano elementi di somiglianza e verranno analizzati in parallelo per permettere di svolgere un esame più approfondito sugli aspetti più importanti della questione¹⁸.

Come accennato in precedenza, il primo caso di cui si sono occupati i giudici di Strasburgo in materia di *kafalah* riguarda l'istanza presentata da una donna francese che aveva visto rigettata la sua richiesta di adozione nei riguardi di una minore di nazionalità algerina, della quale si occupava in qualità di *kafil* dal 2004.

3.1 I profili di fatto

Le corti francesi, nonostante la ricorrente avesse invocato a suo favore sia la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, sia la Convenzione dell'Aja del 1993, rigettarono il ricorso della donna. In base a una norma introdotta nel *Code civil* francese¹⁹ nel 2001, infatti, l'adozione del minore straniero non può essere pronunciata se la sua legge personale vieta tale istituto, ad eccezione del caso in cui il minore sia nato o risieda abitualmente in Francia²⁰.

La donna, dopo aver esperito senza successo tutti i ricorsi interni, decise di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione degli articoli 8 e 14 della Cedu. Secondo la ricorrente le autorità francesi avevano compiuto un'ingerenza nella sua vita familiare senza preoccuparsi di tutelare l'interesse superiore del minore. Il governo francese dal canto suo, contestò tale posizione ritenendo di aver agito in conformità degli obblighi previsti dalla Convenzione e nel rispetto della posizione della bambina.

Una vicenda dai risvolti simili riguarda il caso sul quale si è pronunciata la Corte nel 2014. Il caso riguarda una coppia marocchina propensa ad adottare la nipote dopo aver ottenuto un provvedimento di *kafalah* con il consenso dei genitori. Successivamente all'omologazione dell'atto di *kafalah* eseguito dal giudice responsabile per le pratiche notarili di Meknes, in data 19 agosto 2003, un notaio belga aveva proceduto ad emanare un atto di adozione, in seguito al quale la bambina raggiunse gli zii che vivevano in Belgio.

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, del 4 ottobre 2012, *Harrondj c. France* (ric. n. 43631/09).

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, del 16 dicembre 2014, *Chibbi Loudoudi et Autres c. Belgio*, Seconda Sezione (ric. n. 52265/10).

¹⁸ Circa il caso *Harrondj c. France*, si rimanda per un approfondimento, ai contributi di A. 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 *Dir., imm. cit.*, XIV, vol. 4, 2010, p. 115 ss., e di J. LONG (nota introduttiva di), *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 Harrondj c. Francia*, in *Minori e giustizia*, n. 1, 2013, pp. 304-313.

¹⁹ Si tratta dell'articolo 370-3, c. 2 del *code civil*, modificato dalla legge dell'8 febbraio 2001 relativa all'adozione internazionale.

²⁰ Dato il contenuto della norma, la donna lamentava tra i motivi del ricorso, la discriminazione nel trattamento dei minori alla luce della loro nazionalità e del loro luogo di nascita. Il fatto di essere nati in un Paese che vietasse l'adozione, comportava infatti, il rigetto dell'istanza di adozione da parte della Francia.

Nonostante l'atto del notaio, le corti belghe si rifiutarono di dare riconoscimento all'atto di adozione, motivando che tale provvedimento avrebbe creato un nuovo *status* legale tra la bambina e gli zii, oltre a creare un nuovo legame familiare non previsto dalla *kafalah*. La bambina riuscì ad ottenere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato solo nel 2012, dopo una lunga serie di permessi di soggiorno temporanei. Anche in questo caso, come nel caso francese, i ricorrenti decisero di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando una violazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione da parte del Belgio.

Dal confronto delle due pronunce è evidente che sia per la ricorrente francese che per la coppia di *kafil* in Belgio, il rifiuto di concedere l'adozione del minore in seguito ai provvedimenti di *kafalah* aveva costituito un'ingiustificata ingerenza da parte dello Stato nella vita familiare del minore. Tenendo a mente ciò, prima di procedere all'esame dei ragionamenti condotti dalla Corte di Strasburgo nei singoli casi, è opportuno soffermarsi in maniera sintetica sul contenuto dell'articolo 8 della Cedu. È bene ricordare infatti, che la norma, preposta alla tutela del rispetto alla vita privata e familiare, non deve essere intesa in termini assoluti, ma bilanciata con l'esigenza degli Stati di garantire la tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza e del benessere nazionale. Alla luce di quanto affermato, la disposizione deve essere interpretata nel senso che agli Stati competono obblighi di tipo positivo - che consistono nel garantire un effettivo rispetto alla vita familiare - e di tipo negativo - volti cioè ad evitare ingerenze sproporzionate all'interno delle unioni familiari -. Dalla lettura della giurisprudenza di Strasburgo si evince quindi, che l'articolo 8 Cedu deve essere interpretato in modo da lasciare un adeguato *margin*e di apprezzamento agli Stati, i quali sono chiamati ad effettuare un bilanciamento tra i contrapposti interessi del singolo e della società.

3.2 La motivazione in diritto

In riferimento ai casi di *kafalah* sopra menzionati, i giudici di Strasburgo hanno ribadito in entrambe le pronunce che gli Stati sono chiamati a tutelare la vita privata e familiare dei loro cittadini, e hanno inoltre precisato che l'articolo 8 Cedu non riconosce *un diritto ad adottare* da parte dei genitori.

In entrambe le decisioni, la Corte ha poi ritenuto che il margine di apprezzamento in capo agli Stati è particolarmente ampio, non essendo possibile riscontrare un'omogeneità di vedute a proposito del riconoscimento della *kafalah* negli ordinamenti dei Paesi vincolati dalla Convenzione edu. Il ragionamento dei giudici di Strasburgo poggia le basi su di uno studio condotto sulle legislazioni dei diversi Paesi europei nei riguardi dell'istituto islamico. Dalle indagini è risultato infatti, che su ventidue Stati firmatari la Convenzione, nessuno di essi assimila l'istituto islamico all'adozione²¹.

In linea con quanto affermato fino ad ora, nel caso francese la Corte ha ritenuto che l'articolo 370-3 del *Code civil* non fosse in contrasto con la Convenzione edu, data la possibilità per gli Stati di scegliere se assimilare l'istituto della *kafalah* all'adozione. Inoltre, secondo la Corte, la Francia aveva adottato norme idonee ad assicurare un corretto bilanciamento tra gli interessi del minore e quelli dello Stato²².

²¹ Si evidenzia che la *kafalah* è considerata equivalente alla tutela, alla curatela e all'affidamento preadottivo solo in pochi Stati. Si leggano in proposito i punti 21 e 22 della sentenza della Corte edu *Harroudj c. France*, (ric. n. 43631/09).

²² In un'ottica più ampia, per un approfondimento in merito alle disposizioni del diritto francese in relazione al diritto islamico, si segnala M. PACINI (a cura di), *Rapporti tra diritto francese e diritto islamico*, in *Osservatorio della*

La legislazione francese infatti, prevede la possibilità di nominare un tutore legale nel caso di decesso del *kafil*, consente l'ingresso del minore nella successione dell'adulto grazie ad apposite clausole, ed inoltre, concede al minore la facoltà di ottenere la cittadinanza in cinque anni. In seguito al rilascio della cittadinanza, la legge prevede inoltre che il provvedimento di adozione possa essere ottenuto in tempi più brevi.

In merito al recente caso contro il Belgio, la Corte edu ha scelto di seguire un ragionamento analogo ed ha sottolineato che, anche se il diritto belga non riconosce l'istituto islamico della *kafalah*, esso consente il trasferimento di un minore da un Paese che non ne permette l'adozione, verso il Belgio. Inoltre, lo Stato belga, ai sensi dell'articolo 361-5 del *Code civil*²³, permette l'adozione del fanciullo in presenza di un numero di condizioni maggiori rispetto a quelle previste per gli altri casi di adozione internazionale.

Infine, circa il ritardo lamentato dai ricorrenti belgi nell'ottenere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato a favore della bambina, i giudici di Strasburgo si sono espressi nel senso che la Cedu non garantisce alcun diritto alla residenza negli Stati membri, tanto più che l'unico disagio sofferto dalla bambina sembra essere consistito nella sua mancata partecipazione ad una gita scolastica nel periodo in cui non era ancora in possesso di un permesso di soggiorno regolare.

Nel valutare entrambe le vicende, la Corte ha ritenuto poi di compiere una verifica in merito a quanto previsto in materia di *kafalah* nelle principali Convenzioni internazionali ed ha provveduto ad accertare se i provvedimenti presi dai due Stati convenuti fossero conformi alle indicazioni fornite dal diritto internazionale.

I giudici di Strasburgo con riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia hanno osservato che anche gli articoli 20 e 21 prevedono un margine di apprezzamento per gli Stati, i quali sono tenuti a scegliere la forma di protezione più adatta per il minore²⁴. La Corte ha quindi ritenuto 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.

Al termine della disamina dei due casi, la Corte si è espressa ritenendo leciti i provvedimenti resi dagli Stati, condividendo le posizioni adottate sia dal governo francese prima, che da quello belga poi. La Corte ha infatti ritenuto che il rifiuto nei riguardi delle istanze di adozione presentate dai ricorrenti non potesse configurarsi come un'ingerenza degli Stati nella vita familiare. Viceversa, ha affermato che grazie alla presenza in entrambi gli ordinamenti di disposizioni alternative per la tutela del minore, sia la Francia che il Belgio avessero dato prova di porre in essere specifiche misure volte all'integrazione del minore straniero senza perciò rescindere del tutto i legami con lo Stato di origine.

Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Gior. dir. amm.*, n.1, 2013, pp. 67. Nota a sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 4 ottobre 2012, ricorso n. 43631/09, *Pres. Spielmann, Harroudj c. Francia* in <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113818> (ultimo accesso in data 9 luglio 2015).

²³ L'articolo 370-3 è stato modificato nel 2005 in seguito alla riforma del regime delle adozioni. La Corte edu al paragrafo 59 evidenzia che: «Par dérogation aux articles 361-3 et 361-4 du code civil, l'article 361-5, inséré dans le code civil par la loi du 6 décembre 2005 modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption, permet de déplacer un enfant de son pays d'origine qui ne connaît pas l'adoption vers la Belgique en vue de son adoption et de l'adopter moyennant certaines conditions dont celle que l'enfant soit orphelin de père et de mère ou avoir été abandonné et placé sous la tutelle de l'autorité publique».

²⁴ Si ricorda che ai sensi dell'art. 2, par. 2, la Convenzione dell'Aja tutela i casi di adozione che garantiscono «*a permanent parent-child relationship*» e, ai sensi dell'art. 4, par. 19 cioè, solo se le autorità competenti dello Stato di origine statuiscono l'adottabilità del minore.

Né in un caso, né nell'altro, si poteva dunque riscontrare la violazione dell'articolo 8 Cedu, né dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8²⁵.

4. Conclusioni

Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e le diverse posizioni degli Stati in materia di *kafalah*, relativamente al suo inquadramento giuridico in Occidente, evidenziano le difficoltà di coordinamento tra gli ordinamenti. In relazione alla *kafalah*, il difficile bilanciamento degli interessi in gioco – la tutela del minore²⁶ da un lato, e gli interessi dello Stato²⁷ 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 coranica presenti nei Paesi di origine dei minori. Infine, non è da tralasciare l'eventualità di un aggiramento della disciplina in materia di immigrazione: ciò potrebbe rappresentare un ulteriore elemento per gli Stati occidentali da tenere in considerazione al momento di decidere in merito al rilascio o meno del certificato di adozione del minore straniero²⁸.

Se da un lato, abbiamo avuto modo di riscontrare 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.

Quanto alle indicazioni fornite in proposito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sembra che il compito degli Stati sia principalmente quello di trovare un giusto bilanciamento tra gli interessi di sicurezza nazionale e ordine pubblico, e l'interesse concreto dei minori.

Infine, dalla lettura delle pronunce della Cedu in materia di *kafalah*, si evidenzia che l'articolo 8 Cedu non può e non deve essere interpretato nel senso di sancire un vero e

²⁵ In relazione al rigetto dell'art. 14 in combinato disposto con l'articolo 8 la Corte afferma che l'impossibilità dei ricorrenti di adottare i minori era già stata esaminata sotto il profilo dell'articolo 8.

²⁶ Sul punto vedi anche G. SALMÈ, *L'interesse del minore nelle società multietniche*, in *Ques. giur.*, 2014, pp. 120-130. L'autore esordisce affermando che: «Il concetto di interesse del minore che fonti interne e sovranazionali individuano come oggetto di tutela prevalente rispetto a quella di interessi eventualmente configgenti, a parte la sua insuperabile generalità o genericità, è intrinsecamente ambiguo, non essendo mai certo se debba essere apprezzato in astratto, con inevitabile proiezione su di esso delle soggettive impostazioni culturali dell'adulto che di volta in volta è chiamato a utilizzare tale concetto, ovvero imponga di dare rilievo all'interesse concreto e specifico del singolo minore, con l'inevitabile conseguenza della necessità di apprezzarlo all'interno del suo quadro familiare e culturale di riferimento».

²⁷ Si legga R. GELLI, *Kafalah di diritto islamico ed altri atti stranieri di dismissione della potestà genitoriale: il giudizio di equiparazione ai fini del ricongiungimento familiare*, in *Fam. dir.*, 2012, pp. 472 ss. L'autrice 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 *kafalah*. La Corte infatti nella pronuncia in esame, 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 A. LANG, *Le Sezioni Unite chiariscono quando la Kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano*, in *Dir. imm. citt.*, 2013, pp. 91-99.

²⁸ In merito al rischio di aggiramento della disciplina dell'immigrazione si veda R. GELLI, *La kafalah tra esigenze di tutela del minore e rischi di aggiramento della disciplina della immigrazione*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 675 ss. e A. LANG, *Considerazioni su kafalah, ricongiungimento familiare e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. imm. citt.*, n. 2, 2011, p. 5 ss.

proprio *diritto di adottare*²⁹. 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*³⁰». 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*³¹».

²⁹ Si legga in proposito il punto 41 della pronuncia *Harraoudj c. France* (ric. n. 43631/09). «*The Court further reiterates that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions (...). In this context, as the Court has previously found, the provisions of Article 8 do not guarantee either the right to found a family or the right to adopt*» (enfasi aggiunta). Si legga inoltre la pronuncia della Grande Camera, del 22 gennaio 2008, *E. B. v. France*, (ric. n. 43546/02).

³⁰ Si rimanda al paragrafo 42 della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 febbraio 2002, *Fretté v. France*, (ric. n. 36515/97), ed al paragrafo 151 della sentenza del 22 settembre 2004, *Pini and Others v. Romania* (ric. n. 78028/01 and 78030/01).

³¹ Vedi la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 28 giugno 2007, *Wagner and J. M. W. L. c. Luxembourg*, (ric. n. 76240/01), e il paragrafo 41 della sentenza *Chibbi Loudoudi et Autres c. Belgio*, Seconda Sezione (ric. n. 52265/10).