

Il diritto di famiglia in Marocco e in Italia

La giurisdizione italiana e i rapporti tra le due giurisdizioni

La legge italiana sull'adozione (l. n. 184 del 1983, modif. dalla l. n. 149 del 2001) prevede, essenzialmente, due istituti a tutela dei minori che siano privi di un ambiente familiare idoneo a garantire loro le cure essenziali, sia sotto il profilo materiale che sotto quello psicologico-affettivo-educativo, ed essi sono l'affidamento etero familiare, che risponde ad esigenze di carattere transitorio, con previsione di termini massimi di durata, e può essere realizzato o con il consenso dei genitori (esercenti la *responsabilità genitoriale*) o per provvedimento del giudice, e l'adozione.

L'affidamento non fa sorgere un rapporto di filiazione.

L'adozione presuppone l'accertamento dello stato di abbandono morale e materiale del minore (per inesistenza di genitori conosciuti, ovvero per grave e irrecuperabile inadeguatezza dei genitori esistenti, senza che vi siano parenti idonei a supplirne le funzioni), accertamento che viene compiuto dal tribunale per i minorenni, con una procedura di tipo contenzioso, che si conclude con una sentenza che dichiara lo stato di adottabilità.

Tale dichiarazione è presupposto per la successiva pronuncia di adozione, che fa sorgere un rapporto di filiazione a tutti gli effetti, in tutto assimilata a quella biologica, tra gli adottanti, scelti dal tribunale per i minorenni tra coloro che abbiano presentato domanda (coppie coniugate da almeno tre anni, in tale termine calcolata l'eventuale precedente convivenza, con una differenza d'età rispetto all'adottato compresa – salvo eccezioni – tra i diciotto e i quarantacinque anni, con determinati requisiti psico-fisici) e l'adottato, e fa venire meno il rapporto giuridico con la famiglia d'origine, salvo i divieti matrimoniali (art. 27 legge cit.)

Accanto all'adozione tradizionalmente indicata come "legittimante" – concetto ora superato per l'avvenuta parificazione, *ex lege* (d.lgs. n. 154 del 2013), tra figli nati da coppie coniugate o no, la legge italiana prevede, all'art. 44, alcune forme di "adozione in casi particolari", che richiedono pur sempre un provvedimento – sentenza – del giudice (il tribunale per i minorenni), ma non presuppongono necessariamente la previa dichiarazione dello stato di adottabilità, e richiedono invece il consenso del titolare della responsabilità genitoriale.

L'adozione in casi particolari è consentita anche a persone singole.

L'adozione internazionale è consentita a coppie residenti in Italia, che abbiano i medesimi requisiti previsti per l'adozione nazionale e che abbiano ottenuto dal tribunale per i minorenni il decreto di idoneità. Tale idoneità viene quindi azionata nel paese estero di provenienza dei minori, il quale, previo obbligatorio intervento di un ente autorizzato dalla Commissione per le Adozioni Internazionali, dispone l'abbinamento del bambino con la coppia, e pronuncia l'adozione, la quale viene poi dichiarata efficace in Italia.

L'“affidamento internazionale” di minori non è, allo stato, consentito dalla legge italiana; anche se, nella pratica, a volte si riscontrano situazioni consimili, o perché “sfuggite” al controllo degli organi preposti, ovvero perché, provenendo il minore da paesi dell'area Schengen, giunge in Italia con mera autorizzazione dell'esercente la responsabilità genitoriale, venendo magari affidato a terzi.

Fatte queste premesse, deve verificarsi in quale istituto giuridico italiano possa inquadarsi la **kafalah**, istituto proprio dei paesi islamici.

La k. può essere giudiziale o negoziale. In tale secondo caso si tratta di istituto tradizionale regolato dagli usi; al consenso tra genitori e affidatario segue l'omologazione da parte dell'Autorità giudiziaria o anche amministrativa.

In entrambi i casi avviene che il giudice o il genitore stesso (k. consensuale) affidino ad un terzo (*kafil*) non parente i compiti di cura ed educazione di un minore (*makgoul*), come il genitore farebbe per il proprio figlio; tale affidamento può essere anche tendenzialmente definitivo per impossibilità del genitore a riprendere anche in futuro il ruolo proprio (si pensi a minori non riconosciuti alla nascita).

Secondo la legge vigente in Marocco (*dahir portant loi* n. 1-02-172 del 13.6.2002), sono ammesse alla k. le coppie sposate da tre anni, di religione musulmana (per le coppie straniere è richiesta la prova di avere aderito alla religione musulmana), selezionate da una commissione amministrativa. Il provvedimento è annotato nell'atto di nascita del minore e fa sorgere il potere-dovere della pubblica autorità di vigilare sull'andamento del rapporto di affidamento e di autorizzare eventualmente l'espatrio.

Allo stato delle legislazioni nazionali dei paesi islamici la k. costituisce quindi una misura di protezione dei minori orfani o abbandonati e come tale è riconosciuta anche negli strumenti internazionali, quali l'art. 20 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo, sottoscritta il 20 novembre 1989 e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 1761.

Non è connaturato a tale istituto l'insorgere di un rapporto di filiazione; e, in effetti, esso è proprio di ordinamenti che non contemplano l'adozione come fonte di un rapporto analogo a quello biologico.

Ne deriva che l'istituto italiano del quale pare avere le caratteristiche potrebbe ritenersi quello dell'affidamento familiare, tant'è che al minore affidato in k. deve essere nominato un tutore (*wali*), ovvero i compiti di tutore vengono svolti dal Console.

La Corte di cassazione, sezione I civile, nella sentenza n. 7472 del 2008 ha affermato che: *“Tra gli istituti della ‘kafalah’ di diritto islamico, quando questa non abbia natura esclusivamente negoziale, e dell'affidamento nazionale di un minore prevalgono i punti in comune sulle differenze”,* facendone discendere che la *kafalah*, costituendo *“l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici nei confronti dei minori orfani, illegittimi o abbandonati, può fungere da presupposto per il ricongiungimento familiare e dare titolo allo stesso, ai sensi dell'art.29, comma 2, d.lgs. n.286 del 25 luglio 1998”*.

L'Italia non ha ratificato la Convenzione concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (Convenzione dell'Aia sulla protezione dei minori), del 19 ottobre 1996, che è stata invece ratificata dal Marocco il 22 agosto 2002 e che prevede espressamente (art. 3, lett. e) il collocamento di un minore in una famiglia di accoglienza tramite *kafalah*, come una delle misure di protezione della persona. La questione è stata esaminata in giurisprudenza:

- sotto il profilo della **recepibilità nell'ordinamento interno**, posto che , in mancanza di una pronuncia di adozione del paese d'origine, è impossibile attribuire all'affidamento tramite *kafalah* il valore di un'adozione internazionale; la questione è stata affrontata principalmente dai tribunali per i minorenni;
- sotto il profilo del **ricongiungimento familiare**.

La giurisprudenza della S.C. si è pronunciata, sia riconoscendo il diritto al ricongiungimento (tra le altre, con la cit. sent. n. 7472 del 20 marzo 2008, e ancora con le nn. 18174 e 19734 sempre del 2008, ed inoltre con sent. n. 1908 del 28 gennaio 2010) in caso di *kafil* cittadino straniero (sempre nel caso di k. pubblicitica, disposta cioè dall'Autorità giudiziaria), sia escludendolo nel caso di affidatario cittadino italiano (si trattava di persona di origine marocchina), in tal caso, così motivando:

“Il vincolo di protezione materiale ed affettiva derivante dalla ‘kafalah’ non costituisce presupposto idoneo a giustificare l’ingresso in Italia di un minore straniero affidato ad un cittadino italiano in virtù del predetto istituto, non essendo applicabile la disciplina del ricongiungimento familiare di cui all’art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998, dettata a beneficio del cittadino extracomunitario regolarmente soggiornante, ma quella di cui al d.lgs. n. 30 del 2007, emanato in attuazione della direttiva 2004/38/CE, riguardante l’ingresso, la circolazione ed il soggiorno dei cittadini dell’Unione Europea e dei loro familiari (anche stranieri) nel territorio degli Stati membri, la quale, tuttavia, include nella nozione di ‘familiare’, oltre ai discendenti diretti del cittadino o del suo coniuge, soltanto i minori che fanno ingresso in Italia ai fini dell’adozione internazionale; né l’art. 29 cit. può essere interpretato estensivamente ai sensi dell’art. 28, comma secondo, del d.lgs. n. 286 cit., il quale, nel consentire l’applicazione delle norme più favorevoli, si riferisce esclusivamente a quelle che disciplinano le modalità del ricongiungimento” (Cass. n. 4868 del 2010).

Ancora, con sentenza del n. 19450 del 2011, ha escluso la possibilità di riconoscimento in Italia del provvedimento di k. ritenendo unica modalità per ottenere l’ingresso in Italia di un minore, che non sia figlio, l’iter stabilito per l’adozione internazionale.

È infine pervenuta a riconoscere il diritto al ricongiungimento, anche nel caso di affidatario cittadino italiano, con pronuncia delle Sezioni Unite, sia pure subordinatamente a certe condizioni:

“Non può essere rifiutato il nulla osta all’ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell’interesse di minore cittadino extracomunitario, affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di ‘kafalah’ pronunciato dal giudice straniero, nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano, ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito (Cass., sez. un., n. 21108 del 2013, principio enunciato ai sensi dell’art. 363 cod. proc. civ.)”.

La pronuncia delle SS.UU. avvenne “nell’interesse della legge”, in quanto nel frattempo la materia del contendere era cessata, perché nel frattempo il Tribunale per i minorenni di Roma aveva formalizzato in capo alla coppia un’adozione in casi particolari del minore.

Una apertura più decisa si ha nella recentissima sent. della S.C. n. 1843 del 2015, su di un caso trattato dalla Corte d’appello di Brescia (che aveva autorizzato il ricongiungimento in un caso di cittadini italiani e k. solo convenzionale).

Si trattava di un caso molto particolare, in quanto gli affidatari di origine marocchina, erano stabilizzati in Italia da vent'anni ed avevano acquisito la cittadinanza italiana; ad entrambi era stato affidato il nipote (figlio del fratello dell'affidatario) con k. convenzionale, alla quale i genitori erano addivenuti per garantire al figlio condizioni di vita migliore, essendo privi di adeguati mezzi economici, acconsentendo al suo trasferimento in Italia.

La Corte di cassazione ha ribadito in più punti la non sovrapponibilità della k. all'adozione, escludendo i sospetti di aggiramento della legislazione italiana; ha evidenziato l'esistenza di un legame di parentela già esistente tra affidatario e affidato, la natura sostanziale di affidamento intrafamiliare di tale caso di K. ed infine la necessità di evitare pronunce discriminatorie rispetto allo straniero che non ha acquisito la cittadinanza italiana.

Se questo è lo stato dell'arte rispetto alla ammissibilità del ricongiungimento, rimane, tuttavia, il problema dell'efficacia in Italia di un provvedimento che, come si è detto, equivale ad un affidamento *sine die*, teoricamente non ammesso (anche se la prassi di fatto non lo esclude), con il rischio di non garantire adeguatamente la stabilità della collocazione e delle cure al minore.

Da tempo si attende una disciplina, quale potrebbe derivare dalla ratifica della Convenzione dell'Aja del 19.10.96; l'Italia è ora orientata ad una sua ratifica, ma con alcune limitazioni.

In particolare, il d.d.l. n. 1589 del 2013 è stato di recente sottoposto all'esame del Senato, che ha approvato la ratifica, individuando l'Autorità centrale nella Presidenza del Consiglio dei Ministri (presso la quale è istituita la Commissione per le Adozioni Internazionali), ma esprimendo la necessità di un attento vaglio per studiare le modalità di adeguamento alla normativa interna di tale istituto, evidenziando che *“la kafala va sicuramente regolamentata, ma attraverso una disciplina specifica che si attagli sulle sue peculiarità (...). La ratifica della Convenzione non può, difatti, tradursi nella trasformazione dell'istituto islamico della kafala in una sorta di adozione internazionale “camuffata” (con conseguenti problematiche con i paesi islamici, che vietano l'adozione) e non può consentire di eludere le regole poste dalla normativa sulle adozioni internazionali, ponendo le premesse perché, senza autorizzazioni e controlli del Governo, si potesse dare vita ad operazioni di traffici di minori, in violazione dei loro diritti fondamentali”*.

In pratica, la Convenzione garantirebbe la formalizzazione dell'affidamento internazionale, attualmente non previsto in Italia, con

impegno al riconoscimento di pieno diritto delle decisioni prese negli altri Stati contraenti, vincolando lo Stato al rispetto dell'accertamento di fatto dello Stato di origine; qualora la collocazione del minore debba avvenire in altro Stato, vi deve essere una richiesta di autorizzazione rivolta all'Autorità Centrale di quello Stato, che la comunica al tribunale per i minorenni territorialmente competente.

Qualora invece sussista una condizione di abbandono – con relativa difficoltà per un tribunale per i minorenni italiano di verificarla all'interno dello Stato estero – si attiverà la procedura di cui all'art. 5, con problemi di compatibilità con il nostro ordinamento, ad es. nel caso di k. concessa ad un singolo, attualmente non ammesso, per legge italiana, all'adozione piena.

Un problema, a mio sommo avviso, deriva anche dal tenore dell'art. 5 della Convenzione, che recita:

“1. Le autorità, sia giudiziarie che amministrative, dello Stato contraente di residenza abituale del minore sono competenti ad adottare misure tendenti alla protezione della sua persona o dei suoi beni.

2. Fatto salvo l'articolo 7, in caso di trasferimento della residenza abituale del minore in un altro Stato contraente, sono competenti le autorità dello Stato di nuova abituale residenza”.

Da tale norma si desume la prevalenza del criterio della residenza rispetto a quello della cittadinanza.

Quid iuris, nel caso in cui il paese ricevente, una volta stabilito il minore, in applicazione della propria normativa, procedesse ad accertare lo stato di abbandono, e a dichiarare conseguentemente lo stato di adottabilità, in ipotesi, anche rispetto a paesi di provenienza che non ammettono l'adozione?

E ancora, un problema che mi permetto di sottoporre: la maggior parte dei casi pervenuti all'esame della Corte di cassazione riguardano persone provenienti da stati islamici, e nel caso specifico dal Marocco, ancorché divenuti in seguito cittadini italiani. Ma, là dove affidatari siano italiani non tali di origine e comunque non di religione islamica, siamo certi che eventuali conversioni non possano essere meramente strumentali?

Emma Avezzù