

interpretazione che riconosce al giudice ordinario la possibilità di sindacare in via incidentale (ed eventualmente disapplicare) l'atto relativo al titolo di soggiorno sulla base del quale è stata disposta l'espulsione.

Questa tesi è preferibile perché garantisce sia il diritto di difesa dello straniero (riducendo il rischio che nelle more della decisione sia espulso) sia il diritto ad una tutela piena ed effettiva della posizione giuridica che si presume lesa, dal momento che permette al giudice - designato per legge - di conoscere tutti gli elementi rilevanti a tale scopo.

Una volta scongiurata costituzionalmente la riserva di cognizione del giudice amministrativo sul potere pubblico (art. 113, n.c.) il limite non può essere la differenza tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Quale che sia la posizione soggettiva la legge stabilisce che competente a proteggerla è il giudice ordinario. Al riguardo, il pensiero corre ad una recente pronuncia con la quale la Corte costituzionale (tri)afferma il primato dei principi di pienezza ed effettività della tutela ricordando che «essendo la funzione di assicurare la tutela attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, la ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale».³⁷

Il messaggio è chiaro: la pluralità di giurisdizioni non può tradursi in una diminuzione di tutela per il privato. Non è ammissibile né giusto (nel significato dell'art. 111 Cost.) che le scelte organizzative della P.A., la pluralità di giurisdizioni o i principi del riparto possano giustificare una limitazione di tutela degli interessi protetti dall'ordinamento, al di là del loro nome e del loro contenuto.

porto di permanenza del migrante al giudice che per formazione, estrazione e tradizione sembra più adatto a fare emergere in giudizio tutti gli elementi che ne connotano la complessa posizione giuridica.

37. Corte cost., 14.3.2007, n. 77 in *www.cortecostituzionale.it*. Ancora più precisamente, afferma il Giudice delle leggi «Il principio della incommunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi - comprensibile in altri momenti storici [...] - è certamente incompatibile nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali. Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 Cost. (ribadendolo con l'art. 111 Cost.) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi. Questa essendo la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale».

Kafala e ricongiungimento familiare

di Joëlle Long*

Sommario: 1. L'ordinamento giuridico italiano di fronte alla kafala - 2. La kafala negli ordinamenti islamici - 3. Il ricongiungimento familiare del minore affidato con kafala - 4. L'accertamento dell'idoneità della kafala a produrre effetti nell'ordinamento italiano - 5. L'accertamento dell'equiparabilità degli effetti della kafala agli istituti di protezione del minore di cui al T.U. Imm.

1. L'ordinamento giuridico italiano di fronte alla kafala

I primissimi casi in cui i giudici italiani si sono trovati a confrontarsi con l'istituto giuridico della *kafala* concernevano coppie di nazionalità italiana che avevano portato in Italia a fini di adozione i minori loro affidati in Marocco con provvedimento di *kafala*. Nel primo caso si trattava di coniugi che, conformemente alla nuova disciplina delle adozioni internazionali (legge 31.12.1998 n. 476), si erano avvalsi dei servizi d'intermediazione di un ente privato specificamente autorizzato a operare in Marocco dalla Commissione per le adozioni internazionali, che aveva poi anche regolarmente autorizzato il minore all'ingresso e alla residenza permanente in Italia: la questione nasceva poiché l'affidamento mediante *kafala* pronunciato *lege fori* in un paese islamico¹ come il Marocco che vieta espressamente l'adozione non può evidentemente essere considerato equiparabile all'"adozione" o all'"affidamento preadottivo"² richiesti dai nostri tribunali per i minorenni per la dichiarazione di efficacia in Italia (cfr. art. 36 co. 2

* Ricercatrice presso Dipartimento di Scienze Giuridiche Università degli Studi di Torino.

1. Con l'espressione "paesi islamici" intendo qui riferirmi genericamente a tutti quei paesi che si definiscono islamici aderendo alla Conferenza islamica: si tratta di paesi che non sono per nulla omogenei né tra loro né al loro interno: in essi infatti la *shari'a* esercita un'influenza diversa a seconda delle aree del diritto considerate e talvolta anche a seconda delle zone di uno stesso paese. Il profondo legame tra il diritto di famiglia, l'etica e la religione contribuisce a spiegare perché in tale settore del diritto l'influenza della legge islamica sia, com'è noto, assai elevata: molti precetti religiosi in materia familiare discendono direttamente dalla rivelazione cranica.

legge 4.5.1983 n. 184, di seguito legge adoz.).² Nel secondo caso una copia italiana, eludendo consapevolmente sia le norme sull'adozione internazionale sia i controlli alla frontiera, aveva portato in Italia il neonato affidato dalle competenti autorità marocchine con *kafala*.³ Nel volgere di pochissimi anni la situazione è del tutto mutata. Oggi le pronunce pubblicate sulle principali riviste di diritto di famiglia e di diritto dell'immigrazione riguardano esclusivamente richieste di immigrati residenti in Italia di *ri-congiungimento familiare* con minori loro affidati *sub kafala*.⁴ Tali pronunce sono diretta conseguenza della prassi affermatisi presso i Consolati italiani di rifiutare il visto d'ingresso in Italia ai minori affidati con *kafala* a stranieri residenti nel nostro paese sulla base di un'interpretazione estremamente restrittiva e formalistica dell'art. 29 co. 2 T.U. imm., che - com'è noto - stabilisce che ai fini del ricongiungimento familiare «i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli»;⁵ la situazione del minore affidato con *kafala* non risponderebbe infatti alle condizioni previ-

2 Il tribunale rifiuta l'adozione internazionale legittimante, ma contestualmente indica come «non preclusa» ai coniugi l'adozione in casi particolari per «constatare impossibilità di affidamento preadottivo». Cfr. trib. min. Trento, decreto 11.3.2002 e decreto 10.9.2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pag. 149, con mia nota *Adozione extraconvenzionale di minori provenienti da Paesi islamici*. La prima delle due pronunce è pubblicata anche in *Dir. fam. e pers.*, 2004, pag. 138, con nota di A. M. Galloppini, *L'adozione del piccolo marocchino, ovvero gli scherzi dell'eurocentrismo* e in questa *Rivista*, n. 2.2004, pag. 178, con nota di A. Vanzan e L. Miazzi, *Kafala e protezione del minore in Italia*, ivi, pag. 75.

3 Il tribunale per i minorenni di Torino, adito dal P.M. attivatosi su segnalazione della questura, allontana il minore dai coniugi e poi ne dichiara lo stato di adottabilità. Cfr. trib. min. Torino, 16.7.2003, inedita. La pronuncia è stata confermata con motivazione parzialmente difforme da Corte app. Torino sez. min., sent. 16.8.2004 (in <http://www.procuraminnor.torino.giustizia.it/>), poi ritenuta esente da vizi da Cass., sentenza 4.11.2005 n. 21395, in *Fam. e dir.*, 2006, pag. 243, con nota di R. Gelli, *Ancora sulla kafala di diritto islamico: opposizione del kafal alla dichiarazione dello stato di adottabilità*, in *Giur. it.*, 2007, pag. 611 con nota di G. Gandolfi, *Adozione di straniero e diritto islamico* e in questa *Rivista*, n. 2.2006, pag. 150.

4. Cfr. Corte d'appello di Bari, decreto 14.4.2004, in *Fam. e dir.*, 2005, pag. 61, con nota di R. Gelli, *La kafala di diritto islamico: prospettive di riconoscimento nell'ordinamento italiano*, e in questa *Rivista*, n. 2.2004, pag. 178; trib. Reggio Emilia, ordinanza 9.2.2005, in questa *Rivista*, n. 2.2005, pag. 183; trib. min. Reggio Calabria, sentenza 10.10.2006, in *Famiglia e Minori*, 2006, n. 2, pag. 86; trib. Biella, decreto 26.4.2007, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, in corso di pubblicazione con mia nota.

5. La formulazione dell'art. 29 T.U. imm. effettuata dal d.lgs. 8.1.2007 n. 5 non ha modificato questo punto.

ste dalla legge interna in materia di adozione e affidamento. Quest'interpretazione, cui aderisce la giurisprudenza di merito più risalente⁶ e che trova conferma in un recente parere del Comitato consultivo della Avvocatura generale dello Stato,⁷ è sconsigliata da alcune recentissime pronunce di merito, tra le quali l'interessante decreto della Corte d'appello di Torino che qui si commenta.⁸

2. La kafala negli ordinamenti islamici

I requisiti per il riconoscimento in Italia degli atti stranieri dipendono dal contenuto⁹ e dalla natura giuridica degli atti stessi.¹⁰ Il provvedimento straniero inoltre produce in Italia i medesimi effetti che genera nel paese di origine. Una delle condizioni per il riconoscimento di efficacia in Italia degli atti stranieri infine è la conformità all'ordine pubblico italiano degli effetti che il singolo atto straniero produrrebbe in concreto nel nostro ordinamento giuridico: ciò presuppone, com'è evidente, un confronto tra la disciplina dell'atto straniero nel paese in cui è stato emesso e i principi di diritto sostanziale e processuale che ispirano l'ordinamento giuridico italiano.¹¹ L'analisi della natura giuridica e del contenuto della *kafala* nel paese in cui è stata pronunciata appare dunque preliminare e imprescindibile. Poiché ad oggi tutti i casi pubblicati, ivi compreso quello sottoposto all'attenzione dei giudici torinesi, concernono provvedimenti di *kafala* pronunciati in Maroc-

6. Trib. Reggio Emilia, 9.2.2005, cit.

7. Avvocatura generale dello Stato, parere del Comitato consultivo 19.1.2006 n. 7032, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2006, n. 1, pag. 247.

8. Corte d'appello di Torino, decreto 30.5.2007, rel. Manna, in questo *Rivista* a pagg. 181 ss. Conformi trib. min. Reggio Calabria, sentenza 10.10.2006 e trib. Biella, 26.4.2007, cit.

9. Le adozioni e i provvedimenti in materia di protezione dei minori sono retti da una disciplina speciale: l'adozione internazionale dei minori è disciplinata dal Titolo III della legge 184/1983, cui rinvia, pur senza nominarla espressamente, l'art. 41 co. 2 legge 31.5.1995 n. 218 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato"); il riconoscimento dei provvedimenti in materia di protezione dei minori è regolato dalla Convenzione dell'Aja del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, cui espressamente rinvia l'art. 42 della legge 218/1995.

10. Cfr. artt. 64 ss. legge 31.5.1995, n. 218.

11. Per un elenco delle fonti normative pertinenti v. *infra* par. 4.

co,¹² sarà alla legislazione di questo paese che farò qui esclusivo riferimento.¹²

Il divieto di adozione presente in quasi tutti gli ordinamenti islamici¹³ è ritenuto direttamente fondato sul Corano.¹⁴ Il testo sacro dell'Islam infatti espressamente statuisce l'impossibilità di equiparare figli biologici e figli adottivi con riferimento alla trasmissione del nome dell'adottante all'adottato («agli adottivi dovete dare il cognome del padre loro (cioè è assai più giusto davanti al Dio!). Se ne ignorate la paternità, vi siano fratelli nella religione; essi sono dei vostri»)¹⁵ e alla costituzione di impedimenti matrimoniali (e quindi più in generale di rapporti giuridici) con la famiglia dell'adottante («[...] per i credenti non sia peccato sposare le mogli dei figli adottivi quando questi abbiano messo a posto ogni cosa, chiarificandola, a loro riguardo. L'ordine del Dio non deve essere discusso»)¹⁶. La *ratio* del divieto di adozione deve discendere dalla concezione islamica della famiglia come istituzione di origine divina: poiché i vincoli di filiazione sono espressione della volontà divina, l'uomo non può artificialmente determi-

narne la cessazione e costituirne di nuovi al di fuori della generazione biologica.¹⁷

Le funzioni di protezione e assistenza all'infanzia abbandonata che negli ordinamenti giuridici di matrice culturale europea sono assolve con l'adozione nei paesi islamici sono perseguite con la *kafāla*. Sia nel caso dell'adozione sia nel caso della *kafāla*, peraltro, l'interpretazione in chiave di protezione della infanzia è fenomeno recente. L'adozione "moderna", com'è noto, nacque nella seconda metà del XIX secolo negli Stati Uniti e fu poi recepita in Italia con la legge 5.6.1967 n.431, che introdusse l'adozione "speciale" dei minorenni abbandonati accanto all'adozione ordinaria dei maggiorenni.¹⁸ L'utilizzo sistematico della *kafāla* (istituto nato nel diritto dei contratti sostanzialmente analogo alla nostra fidejussione) come strumento pubblico di protezione del trovato (*laqīf*) risale alla fine del colonialismo, durante il quale i paesi del Maghreb avevano utilizzato largamente l'adozione per la protezione dei minori abbandonati: con la *kafāla*, infatti, i legislatori hanno tentato di realizzare un contemporaneo tra chi premeva per recepire nella legislazione i precetti del Corano, tra cui il divieto di adozione, e chi premeva per una modernizzazione secondo il modello occidentale, e quindi per riconoscere agli affidatari la facoltà di trasmettere nome e patrimonio al minore.¹⁹

In prima approssimazione la *kafāla* può essere dunque descritta come l'accoglienza a tempo indeterminato di un minore in senso lato abbandonato nella famiglia dell'affidatario, senza la rottura dei rapporti giuridici tra il minore e la famiglia d'origine e senza la costituzione di rapporti giuridici di filiazione e parentela con il nucleo di accoglienza.²⁰ Una persona (il *kaḥfīl*)

12. I marocchini costituiscono oggi in Italia la più numerosa comunità di immigrati: così si spiega che tutte le pronunce edite in materia di ricongiungimento familiare di minori affidati *sub kafāla* abbiano riguardato marocchini (oltre al decreto del trib. di Biella qui commentato, v. trib. Reggio Emilia, 9.2.2005 e Corte d'appello di Bari, 16.4.2004, entrambe cit.). Il Marocco è oggi l'unico Stato islamico in cui un ente privato di intermediazione nelle adozioni internazionali è stato autorizzato dalla Commissione per le adozioni internazionali ad operare: in conseguenza di ciò si sono avuti casi di ingresso in Italia a fini di adozione di minori affidati con *kafāla* (uno è quello risolto dal tribunale per i minorenni di Trento nel 2002 cit. *supra*). Per cenni alle legislazioni di altri Stati islamici si consenta il rinvio a J. Long, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafāla e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, in particolare pagg. 178 ss.

13. V. per il Marocco l'art. 149 *Moudawana* (Codice della famiglia): il Codice della famiglia è contenuto nella legge n. 70-03, promulgata con *dahir* ("decreto") n. 1-04-22 del 3-2-2004.

14. «Non ha collocato il Dio due cuori nel petto di alcuna creatura; [...] ne ha voluto che i figli adottivi fossero veri figli. Quelle sono espressioni che escono dalle vostre bocche, ma la verità viene soltanto dal Dio, da quel Dio che dirige per la retta via» (Sura XXXIII, 4). Trad. it. F. Peirone, Mondadori, Milano, 1979.

15. Sura XXXIII, 5. Trad. it. di F. Peirone, Mondadori, Milano, 1979.

16. Sura XXXIII, 37, parte seconda.

17. Alcuni studiosi spiegano il divieto islamico di adozione, come d'altronde molte prescrizioni bibliche, in prospettiva storica: il divieto era funzionale all'attuazione del messaggio di rinnovamento sociale di Maometto, fratellanza nell'Islam indipendentemente dalle condizioni personali e sociali, e al conseguente superamento del sistema tribale su cui si fondava la società preislamica e in cui l'adozione era frequentemente impiegata per consentire ai soggetti senza figli di tramandare nome e patrimonio e alle famiglie di ingrاندirsi e di stringere alleanze. Per gli opportuni riferimenti bibliografici si consenta il rinvio a J. Long, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafāla e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, pag. 178.

18. Cfr. L. Lenti, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, nel *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Zatti*, Giuffrè, 2002, vol. II, pagg. 589 ss.

19. Cfr. N. Ait Zaï, *La kafāla en droit algérien*, in H. Bleuchot, *Les institutions traditionnelles dans le monde arabe*, Kathala - Iremam, 1996, pag. 95.

20. La legislazione marocchina definisce la *kafāla* come «l'impegno di prendersi carico della protezione, dell'educazione e del mantenimento di un minore abbandonato nello stesso

promette, davanti a un giudice o a un notaio, di curare e mantenere un determinato minore (*mafūl*); in conseguenza di tale promessa, il *kafil* è personalmente obbligato nei confronti del minore a provvedere a lui, ma non sorge alcun vincolo di filiazione tra *kafil* e bambino, né vengono meno i rapporti giuridici di quest'ultimo con la famiglia di origine.

In Marocco il diritto positivo disciplina esclusivamente l'affidamento giudiziale mediante *kafala* di un minore il cui stato di abbandono (per mancanza dei genitori o inidoneità degli stessi a prendersi cura di lui) sia stato precedentemente accertato dall'autorità giudiziaria.²¹ Continua tuttavia a essere diffusa la *kafala* consensuale, disciplinata dal diritto consuetudinario, che si realizza mediante accordo diretto tra famiglia d'origine e di accoglienza siglato davanti a un notaio e poi eventualmente omologato dal giudice (nella prassi ciò avviene assai frequentemente quando l'affidatario è parente del minore).²² E comunque previsto un controllo pubblico della conformità della *kafala* all'interesse del minore: se si tratta di un minore privo dei genitori (come nel caso di specie), l'autorità giudiziaria interviene sia per accertare la sussistenza dello stato di abbandono del minore preventivamente all'adozione della misura di protezione, sia per accettare che l'abbinamento tra la famiglia d'accoglienza e il minore realizzati in concreto l'interesse di quest'ultimo,²³ se invece la *kafala* è consensuale,

modo in cui lo farebbe un genitore per il proprio figlio» (art. 2 legge n. 15/01 «relativa alla presa in carico (*kafāla*) di minori abbandonati», promulgata con *dahir* n. 1-02-172 del 13.6.2002). Il primo decreto attuativo fissa la composizione delle commissioni amministrative che accertano l'idoneità degli aspiranti affidatari ed è stato pubblicato l'1.7.2004.

21. V. legge n. 15/01.

22. La *kafala* sottoposta all'esame della Corte d'appello di Torino nel caso in esame è proprio una *kafala* consensuale (il giudice torinese la chiama "*kafala* cd. pattuita"). Per un altro esempio v. Corte d'appello di Bari, decreto 16.4.2004, cit.

23. In Italia, com'è noto, il tribunale per i minorenni accetta lo stato di abbandono del minore, sceglie tra le famiglie che si sono dichiarate disponibili all'adozione quella che maggiormente soddisfa gli interessi del minore, pronuncia l'affidamento preadottivo e poi l'adozione (art. 7, art. 8, art. 22 co. 5 e 6, art. 25 l. 184/1983). La legge marocchina n. 15/01 sulla *kafala* di minori abbandonati prevede che il tribunale ordinario di prima istanza dichiara lo stato di abbandono del minore e che il giudice tutelare presso il medesimo tribunale di sponga la *kafala* (artt. 4 ss. e 14 ss.); in considerazione tuttavia del fatto che l'art. 2 del *dahir* di promulgazione della legge 1-74-338 del 15.7.1974 sull'ordinamento giudiziario, così come modificato dalla legge 73-03 promulgata con *dahir* 1-04-24 del 3.2.2004, prevede che la *kafala* e tutti i procedimenti in materia familiare e minorile siano attribuiti alla competenza delle sezioni per gli affari familiari presso i tribunali ordinari di prima istanza pare di capire

l'accertamento viene effettuato dal giudice solo in via eventuale, qualora il *kafil* scelga di richiedere l'omologazione della *kafala*. Come in Italia, gli adulti che si prenderanno cura del minore devono offrire le migliori garanzie per la sua accoglienza: per quanto concerne i requisiti accertabili documentalmente, per esempio, il legislatore marocchino concorda con quello italiano nel ritenere che solo la copia *coniugata* offra sufficienti garanzie;²⁴ l'idoneità affettiva deve essere inoltre accertata da persone con particolare competenza in materia minorile (il tribunale per i minorenni in Italia, nel caso di *kafala* giudiziale in Marocco un'apposita commissione amministrativa).²⁵ Il requisito della appartenenza all'Islam degli affidatari, previsto non solo in Marocco ma in tutti i paesi islamici, deve essere inquadrato in questa preoccupazione di offrire al minore la migliore famiglia possibile.²⁶

Il diritto positivo marocchino disciplina oggi organicamente gli effetti della *kafala* del minore abbandonato: il *kafil* ha nei confronti del minore tutti i doveri connessi alla potestà genitoriale;²⁷ si precisa tuttavia che la *kafala* non costituisce un rapporto giuridico di filiazione né diritti successori.²⁸ Il fatto che la *kafala* non comporti la costituzione di alcuna relazione di filiazione spiega perché la pubblica autorità competente per la tutela dei minori abbandonati (il tribunale ordinario di prima istanza del luogo di residenza del *kafil* e, in caso di trasferimento all'estero di quest'ultimo, la Rappresentanza diplomatica del Regno del Marocco territorialmente competente), mantiene un diritto-dovere di vigilanza sull'andamento dell'inserimento del minore nel nucleo familiare di accoglienza²⁹ e deve obbligatoriamente autorizzare il trasferimento all'estero della residenza del

che tutte le funzioni giudiziarie atinenti alla *kafala* dovrebbero oggi confluire nella competenza di queste sezioni specializzate.

24. Cfr. per il Marocco art. 9 l. 15/01. Per l'Italia art. 6 l. 184/1983.

25. Cfr. per l'Italia l'art. 6 l. 184/1983; per il Marocco art. 9 e 16 l. 15/01.

26. Per il Marocco cfr. art. 9 co. 1 l. 15/01. Non mi pare possano essere condivisi né l'opinione secondo cui la necessaria adesione all'Islam quale requisito per ottenere l'affidamento del minore con *kafala* sarebbe di per sé contraria all'ordine pubblico italiano in forza del divieto di discriminazioni sulla base della religione professata, né l'opinione secondo cui spetterebbe al giudice minorile italiano (r) valutare la sussistenza dei requisiti per la *kafala* e, in particolare, accertare la sincerità della conversione all'Islam.

27. Cfr. per il principio generale l'art. 2 e per la normativa di dettaglio l'art. 22 l. 15/01.

28. Art. 2 l. 15/01. Nella pratica la *kafala* è spesso combinata con un istituto di diritto successorio (*tanzih*) che consente all'affidatario di legare al *mafūl* una quota del suo patrimonio sostanzialmente analoga a quella dei successori legittimi.

29. Art. 19 l. 15/01.

kafil e del *mafyal*.³⁰ Malgrado la *kafala* sia "annullabile" (peraltro in casi sostanzialmente analoghi a quelli che in Italia porterebbero a una dichiarazione dello stato di adottabilità)³¹ e termini formalmente al raggiungimento della maggiore età,³² una serie di recenti interventi legislativi dimostra la preoccupazione del legislatore marocchino di garantire una situazione giuridicamente certa e stabile al *mafyal*, accentuando dunque le somiglianze con l'adozione europea: il *kafil* può oggi attribuire il proprio cognome all'affidato;³³ il provvedimento giudiziale di affidamento tramite *kafala* designa il *kafil* come tutore del minore;³⁴ la *kafala* deve essere annotata a margine dell'atto di nascita del minore.³⁵

3. Il ricongiungimento familiare del minore affidato con *kafala*

Per accettare l'idoneità della *kafala* ad integrare gli estremi di un istituto legittimante il ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 29 co. 2 T.U. imm., occorre scomporre il problema principale in due sotto-questi, il secondo dei quali risulta assorbito in caso di risposta negativa al primo: a) la *kafala* è astrattamente idonea a produrre effetti nell'ordinamento giuridico italiano, in base alle norme di diritto internazionale privato?; b) gli effetti della *kafala* possono essere ritenuti equiparabili all'"adozione", "affidamento" e "tutela" di cui all'art. 29 co. 2 T.U. imm., con la logica conseguenza di consentire al minore affidato *sub kafala* l'ingresso in Italia a titolo di ricongiungimento familiare?

a) La prima questione costituisce in effetti indice del grado di permeabilità dell'ordinamento italiano rispetto a modelli giuridici appartenenti ad altre tradizioni culturali e religiose. Si tratta di un tema quanto mai rilevante

30. Art. 24 l. 15/01.

31. Cfr. art. 19 l. 15/01. Costituisce tuttavia una significativa eccezione la previsione che i genitori possano chiedere al giudice di riacquistare la tutela sui figli in affidamento con *kafala* «qualora siano cessati i motivi dell'abbandono» (art. 29 l. 15/01).

32. Artt. 22 e 25 l. 15/01. La legge specifica peraltro che la *kafala* non termina al raggiungimento della maggiore età se si tratta di una ragazza non coniugata, di un minore con handicap o comunque incapace di badare a se stesso.

33. Art. 20 legge 97-99 relativa allo stato civile.

34. Art. 17 co. 2 l. 15/01. Ciò dovrebbe peraltro indurre a riconsiderare, quantomeno nei casi di *kafala* giudiziale, quell'orientamento della giurisprudenza (App. Torino, 6.8.2004 e Cass. 4.11.2005 n.21395, cit.) che aveva negato la legittimazione attiva del *kafil* all'opposizione alla dichiarazione dello stato di adottabilità.

35. Art. 21 l. 15/01.

non solo in considerazione del carattere sempre più globalizzato della società attuale, ma soprattutto perché costituisce espressione del più generale problema dell'impatto del diritto islamico sugli ordinamenti dei paesi di matrice culturale europea.³⁶

b) La seconda questione costituisce una cartina di tornasole dei rapporti tra le due diverse anime della politica del diritto in materia di immigrazione: da un lato la volontà di delimitare i diritti degli immigrati, in quanto presunti potenziali perturbatori dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, dall'altro la volontà di promuovere i diritti individuali fondamentali, *in primis* il diritto al rispetto della vita familiare.

La tensione tra queste contrapposte esigenze emerge con evidenza proprio in relazione alla protezione dei diritti delle famiglie o dei minori immigrati (cui è dedicato il Titolo IV T.U. imm.). Il riconoscimento di tali diritti, infatti, impone un adattamento e talvolta una deroga alle norme comuni in materia di immigrazione: penso al riconoscimento all'immigrato del diritto al ricongiungimento con familiari che di per sé non avrebbero i requisiti per l'ingresso e il soggiorno in Italia,³⁷ al divieto di espulsione per i minorenni,³⁸ all'inversione della regola generale secondo cui il figlio segue la condizione giuridica del genitore, con riconoscimento della possibilità per i genitori di chiedere, «per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si

36. Su questi temi, particolarmente sentiti oggi a causa della forte immigrazione islamica, cfr. S. Aldeeb e A. Bonomi (a cura di), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Etudes de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en Espagne, en France, en Italie et en Suisse*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1999 (sul divieto di adozione e sulla *kafala* cfr. in particolare pagg. 252 ss.); J. Y. Cartier e M. Verwilghen (a cura di), *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1997; A. Borrás e S. Memissi (a cura di), *El Islam jurídico y Europa: derecho, religión y política*, Icaria, Barcellona, 1998; C. Campiglio, *La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, pag. 21; Ead., *Famiglia e diritto islamico. Profili internazionali-privatistici*, in S. Ferrari (a cura di) *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, il Mulino, Bologna, 2000, pag. 175; F. Corbetta, *Osservazioni in materia di diritto di famiglia islamico e ordine pubblico internazionale italiano*, in questa Rivista, n. 3.2000, pag. 18; F. Pastore, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto musulmano in Francia e Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1993, pag. 73.

37. Art. 29 T.U. imm.

38. Art. 19 co. 2 lett. a) e art. 31 co. 4 T.U. imm.

trova nel territorio italiano», di entrare o soggiornare in Italia «per un periodo di tempo determinato».³⁹

L'operatività delle norme in materia di immigrazione volte alla protezione dei diritti delle famiglie o dei minori immigrati richiede dunque un bilanciamento (e dunque un giudizio di valore) tra i diversi interessi generali e individuali coinvolti. Tale bilanciamento, che esprime una precisa scelta di politica del diritto, è effettuato in via generale e astratta dal legislatore, ma nelle sue articolazioni applicative è poi demandato ai singoli operatori che si trovano a valutare *in concreto* la sussistenza dei requisiti per la deroga. Un esempio di ciò è appunto costituito dalle potenzialità applicative riconosciute dalla giurisprudenza all'equiparazione legislativa tra filiazione da un lato e "adozione", "affidamento" e "tutele" dall'altro, ai fini della disciplina sul ricongiungimento familiare.

4. L'accertamento dell'idoneità della *kafala* a produrre effetti nel Pordinamento italiano

La disciplina del riconoscimento delle sentenze e degli atti stranieri è contenuta, com'è noto, nella legge 31.5.1995 n. 218. Tale legge contiene una sola norma dedicata alla protezione dei minori: l'art. 42, secondo cui «la protezione dei minori è in ogni caso regolata dalla Convenzione dell'Aja del 5.10.1961, sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, resa esecutiva con la legge 24.10.1980, n. 742».⁴⁰ La giurisprudenza e la dottrina sono divise sull'interpretazione di questa norma.

Secondo un primo orientamento essa regolerebbe anche il riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia minorile con la conseguenza che, in forza dell'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 1961, dovrebbero essere automaticamente riconosciute le misure di protezione adottate conformemente ad essa (cioè nel rispetto dei criteri di individuazione della giurisdizione e della legge applicabile individuati da questo strumento internazio-

39. Art. 31 co. 3 T.U. imm.

40. La norma opera dunque una recezione materiale delle norme della Convenzione dell'Aja del 1961, disponendo che tale Convenzione si applichi "in ogni caso" quindi anche nei rapporti con Stati che non abbiano ratificato la Convenzione, com'è nel caso dei paesi islamici. La Convenzione stabilisce che «le autorità, sia giudiziarie sia amministrative, dello Stato di residenza abituale del minore sono [...] competenti ad adottare le misure volte alla protezione della sua persona o dei suoi beni» (art. 1) e che «le autorità competenti [...] adottano le misure previste dalla loro legislazione interna» (art. 2).

nale), con il solo limite della manifesta contrarietà all'ordine pubblico.⁴¹ La giurisprudenza tace tuttavia sul fatto che la Convenzione stessa espressamente stabilisce che, qualora l'esecuzione delle misure di protezione comporti atti di esecuzione in uno Stato diverso da quello in cui esse sono state adottate, il loro riconoscimento e la loro esecuzione sono regolate dal diritto nazionale del paese in cui l'esecuzione è richiesta e dalle eventuali Convenzioni internazionali pertinenti:⁴² in quest'ottica il legislatore italiano ha statuito «il riconoscimento e l'esecuzione nel territorio dello Stato dei provvedimenti adottati dalle autorità straniere per la protezione dei minori, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione de L'Aja del 5.10.1961, sono disposti dal tribunale per i minorenni del luogo in cui i provvedimenti stessi devono avere attuazione».⁴³ Non mi pare si possa ragionevolmente escludere che, se si accogliesse quest'interpretazione, la vita quotidiana del *kafal* e del *ma-kfal* in Italia potrebbe portare a richiedere un provvedimento del tribunale per i minorenni.⁴⁴

Secondo un'altra interpretazione invece, cui implicitamente aderisce la Corte d'appello di Torino nel provvedimento in commento e che fa leva sulla rubrica dell'art. 42 ("Giurisdizione e legge applicabile") e sulla sua collocazione sistematica (nel Titolo III dedicato al "Diritto applicabile"), l'ambito di operatività dell'art. 42 sarebbe limitato alla giurisdizione e alla legge applicabile, mentre per il riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di protezione dei minori si applicherebbe la disciplina comune di cui agli art. 64 ss., che com'è noto è ispirata al generale principio del riconoscimento automatico.⁴⁵ La dottrina e la giurisprudenza che aderiscono a

41. In questo senso anche trib. min. Reggio Calabria, sentenza 10.10.2006, cit. In dottrina la tesi è autorevolmente sostenuta da F. Mosconi, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, Utet, Torino, 1997, pagg. 16-17. A favore di questa tesi v. anche C. Honorati, *Art. 42*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, pag. 1119 e il mio *Adozione "extracconvenzionale" di minori provenienti da Paesi islamici*, cit., pag. 158.

42. Così sempre l'art. 7 Conv. L'Aja 1961.

43. Art. 4 co. 1 legge 15.1.1994, n. 64. Il tribunale decide con decreto in Camera di Consiglio, sentiti il P.M., il minore e le persone presso cui questi si trova. Come per tutti gli atti stranieri di cui sia richiesto il riconoscimento, è necessario che la *kafala* (*reclus* la produzione dei suoi effetti nel nostro ordinamento) non sia contraria all'ordine pubblico italiano.

44. Ritiene comunque applicabile anche la disciplina ordinaria per l'attuazione delle sentenze straniere e dei provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione F. Mosconi, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, cit., pag. 17.

45. Conforme, anche qui implicitamente, trib. Reggio Emilia, 9.2.2005. In dottrina la tesi è autorevolmente sostenuta da A. Bonomi, *La Convenzione dell'Aja del 1961 sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione*, in *Riv. dir.*

quest'orientamento tendono a individuare in particolare la disciplina pertinentemente nell'art. 66 che regola il «riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria», ponendo condizioni meno rigorose di quelle richieste dall'art. 64 per il riconoscimento dei provvedimenti giudiziari stranieri in genere.⁴⁶

Le interpretazioni proposte conducono in definitiva al medesimo risultato pratico, cioè il *riconoscimento automatico* in Italia della *kafala*,⁴⁷ purché a) essa sia stata emessa dalla competente autorità straniera⁴⁸ e b) i suoi effetti non siano in concreto contrari all'ordine pubblico italiano.⁴⁹

Nel provvedimento in esame la Corte d'appello di Torino, dopo un accurato esame della *kafala* disposta dai giudici marocchini, dichiara la sussistenza di entrambi i requisiti e conclude dunque per l'efficacia automatica della stessa in Italia.⁵⁰

int. priv. proc., 1995, pag. 618 e A. Vanzan e L. Miazzi, *Kafala e protezione del minore in Italia*, cit., pagg. 77, 81, 82 (che però richiamano anche la Convenzione dell'Aja del 1961).

46. La pronuncia in esame afferma espressamente che la natura del provvedimento di *kafala* «è chiaramente non contenziosa ed assimilabile alla categoria della volontaria giurisdizione, con conseguente applicabilità della norma citata» (l'art. 66 l. 218/1995). La nozione di volontaria giurisdizione, ai fini dell'applicazione dell'art. 66 l. 218/1995, è controversa: cfr. P. Venturi, *Considerazioni sulla qualificazione dei provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 2003, pag. 883. Ritiengono invece applicabile l'art. 65 l. 218/1995 A. Vanzan e L. Miazzi, *Kafala e protezione del minore in Italia*, cit., pag. 81.

47. Per la prima interpretazione v. art. 7 Conv. L'Aja 1961; per la seconda v. invece gli artt. 65 e 66 l. 218/1995.

48. Gli artt. 65 e 66 l. 218/1995 subordinano il riconoscimento al rispetto dei criteri stabiliti dalla legge 218/1995 per la determinazione della giurisdizione e della legge applicabile: in forza della recezione materiale della Convenzione dell'Aja del 1961 in materia di protezione dei minori la giurisdizione e la legge applicabile sono regolate dagli artt. 1, 3, 4, 5, 6 della Convenzione stessa.

49. Per la prima interpretazione v. art. 16 Conv. L'Aja 1961; per la seconda gli artt. 65 e 66 l. 218/1995. Mi limito a rilevare che l'art. 66 l. 218/1995, rinviando alle condizioni stabilite dall'art. 65 "in quanto applicabili", rinvia anche al rispetto dei diritti essenziali di difesa, requisito che tuttavia appare comunque già richiesto attraverso la necessaria conformità ai principi non solo sostanziali ma anche processuali di ordine pubblico.

50. Conformi, seppur con le distinzioni motivazionali evidenziate *infra* nel testo: Corte d'appello di Bari, decreto 14.4.2004, cit.; trib. min. Reggio Calabria, sentenza 10.10.2006, cit.; Corte d'appello di Torino, decreto 30.5.2007, est. Manna, inedita. In dottrina in questo senso già: P. Morozzo della Rocca e P. Cognigni, *Immigrazione: profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Utet, Torino, 2005, pag. 195; A. Vanzan e L. Miazzi, *Kafala e pro-*

a) La *kafala* anzitutto è stata pronunciata dall'autorità competente. In materia di protezione dei minori infatti, come già detto, la legge 218/1995 rinvia alla Convenzione dell'Aja del 1961, il cui art. 1 stabilisce la competenza delle autorità giudiziarie o amministrative del luogo di residenza abituale del minore. Il tribunale di Berrechid che ha pronunciato la sentenza è proprio l'autorità giudiziaria competente *lege fori* per il luogo di residenza abituale della minore e della sua famiglia di origine.

b) Secondo i giudici torinesi, inoltre, la *kafala* deve «senza possibilità di dubbio [...] ritenersi (non già implicitamente ma) espressamente conforme all'ordine pubblico sia internazionale che interno». L'ordine pubblico di cui si discute è, com'è noto, il cosiddetto ordine pubblico internazionale (così chiamato per distinguerlo dall'ordine pubblico interno, costituito dalle norme inderogabili dall'autonomia privata), che opera a difesa degli ordinamenti nazionali, precludendo l'ingresso del diritto straniero, qualora tale ingresso realizzi in concreto una violazione dei principi fondamentali che caratterizzano gli ordinamenti nazionali.⁵²

A sostegno della conformità della *kafala* all'ordine pubblico la Corte d'appello di Torino utilizza esclusivamente argomenti formali. La possibilità di considerare la *kafala* di per sé contraria all'ordine pubblico sarebbe senz'altro esclusa per il fatto stesso della partecipazione dell'Italia alla Convenzione ONU sui diritti del minore che espressamente include questo strumento tra le misure di protezione dei minori in difficoltà astrattamente configurabili, riconoscendogli dunque dignità sociale, culturale e anche giuridica.⁵³ L'esigenza di considerare prioritariamente l'interesse del mino-

zione del minore in Italia, cit., in particolare 81-82; J. Long, *Adozione extraconvenzionale di minori provenienti da Paesi islamici*, cit., in particolare pagg. 158-159.

51. Conformi Cass., 4.11.2005 n. 21395 (secondo cui il giudice di merito "esattamente" interpreta la legge straniera in materia di *kafala* ritenendola «la più rispondente ai principi di ordine pubblico internazionale ed interno»), trib. Biella, sentenza 26.4.2007, trib. min. Reggio Calabria, 10.10.2006, tutte cit. *supra*. In dottrina A. Vanzan e L. Miazzi, *Kafala e protezione del minore in Italia*, cit., 81 e J. Long, *Adozione "extraconvenzionale" di minori provenienti da Paesi islamici*, cit., pagg. 159-160.

52. Tale ingresso può avvenire mediante l'applicazione da parte del giudice nazionale di una legge straniera (vd. per l'Italia l'art. 16 l. 218/1995), ovvero mediante il riconoscimento di effetti nell'ordinamento giuridico interno a provvedimenti stranieri (vd. per l'Italia l'art. 64 lett. g) l. 218/1995). Sulla nozione di ordine pubblico internazionale, si rinvia per tutti G. Badiali, v. *Ordine pubblico. III) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Ed. Enc. it., 1990.

53. L'art. 20 co. 3 della Conv. ONU sui diritti del minore elenca tra gli strumenti di protezione dei minorenni definitivamente o temporaneamente privati del loro ambiente familiare

re in ogni questione che lo riguardi dovrebbe comunque indurre l'operatore nazionale ad attenuare - nell'interesse del minore - la nozione di ordine pubblico, limitandone la operatività ai casi in cui il provvedimento straniero appaia in "manifesto" contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.⁵⁴ Così del resto espressamente prevede l'art. 16 della Convenzione dell'Aja del 1961.

I giudici torinesi non rispondono invece agli argomenti *sostanziali* avanzati dall'avvocatura dello Stato e accolti dal tribunale nel provvedimento di primo grado. Tali argomenti si fondano essenzialmente sul consenso dei genitori quale unico presupposto per l'affidamento del figlio minore con *kafala* a terzi, con conseguente inutilità di ogni accertamento sull'idoneità del nucleo d'origine alla crescita del minore, e sul mancato accertamento dell'idoneità affettiva ed educativa della famiglia affidataria.

Ad avviso dei suoi detrattori la *kafala consensuale* si tradurrebbe in effetti in un atto di disposizione del rapporto giuridico di filiazione contrario al principio fondamentale dell'ordinamento italiano in forza del quale il collocamento extrafamiliare del minore presuppone una valutazione di effettiva idoneità della famiglia di origine a crescere il minore con conseguente irrilevanza formale della volontà espressa dai genitori.⁵⁵ Personalmente ritengo tale obiezione non condivisibile per le medesime ragioni che, secondo la giurisprudenza anche di legittimità, escludono la contrarietà all'ordine pubblico delle adozioni internazionali consensuali, cioè fondate sul consenso espresso davanti ad un notaio dai genitori biologici in favore di una determinata coppia di coniugi italiani e omologato dall'autorità giudiziaria.⁵⁶ Mi limito inoltre a rilevare che il diritto italiano consente ai genitori di affidare *sine die* i figli a un parente entro il quarto grado senza necessità di alcun intervento pubblico (cfr. art. 9 co. 5 l. 184/1983).

«l'affidamento familiare, la *kafala* di diritto islamico, l'adozione o, in caso di necessità, il collocamento in adeguati istituti per l'infanzia», precisando che «nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del minore, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica». Anche la Convenzione dell'Aja del 1996 relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento, all'esecuzione e alla cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori (firmata ma non ancora ratificata dall'Italia) menziona espressamente la *kafala* tra gli strumenti di protezione dei minorenni (v. art. 30 lett. e).

54. Cfr. artt. 3 e 10 della Convenzione ONU sui diritti del minore e art. 28 ult. comma T.U. imm. (che espressamente richiama l'art. 3 Conv. ONU).

55. Questa è l'interpretazione utilizzata per affermare la contrarietà della *kafala* all'ordine pubblico da trib. Reggio Emilia, 9.2.2005, cit.

56. Cfr. Cass., sez. I, 6.4.1992 n. 4211, in *Giust. civ.*, 1992, I, pag. 2707.

Più difficile sarebbe invece forse contestare la pretesa contrarietà della *kafala* consensuale all'ordine pubblico sotto il profilo (non toccato dal trib. di Torino nel caso in esame) che, poiché con la *kafala* il *kafil* assume i diritti e i doveri concernenti la potestà genitoriale così come regolati dalle norme della *Moudawana* relative alla custodia e all'allevamento dei figli,⁵⁷ si consentirebbe in definitiva al marito di decidere autonomamente la costituzione, la vita e l'annullamento della *kafala*, senza necessità del consenso della moglie e di alcun intervento pubblico a garanzia della tutela dell'interesse del minore.⁵⁸

In merito al mancato accertamento dell'idoneità affettiva ed educativa della famiglia affidataria (il provvedimento marocchino si limita ad affermare che la custodia è nell'interesse della minore perché il ricorrente è in grado di mantenerla), è qui sufficiente rilevare che nemmeno in Italia tale accertamento è richiesto quando l'affidamento avviene all'interno della famiglia allargata del minore. Nel caso della *kafala* di un minore abbandonato peraltro la legge marocchina, come si è visto, richiede espressamente la sussistenza di talune condizioni e detta norme per il loro accertamento.

5. L'accertamento dell'equiparabilità degli effetti della *kafala* agli istituti di protezione del minore di cui al T. U. immigrazione

L'art. 29 co. 2 T. U. imm. prevede, come si è detto, che i minori adottati, affidati o sottoposti a tutela siano equiparati ai figli ai fini del ricongiungimento familiare. Il richiamo all'adozione, all'affidamento e alla tutela indica la scelta del legislatore di estendere il ricongiungimento non solo a coloro che siano uniti all'immigrato da un rapporto giuridico di filiazione ma anche da una relazione che, pur senza il relativo riconoscimento formale, abbia sostanzialmente un contenuto paragenitoriale: l'affidatario e il tutore infatti, benché non siano titolari della potestà genitoriale, si prendono entrambi cura della persona del minore ed esercitano alcuni dei poteri connessi con la potestà: «il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni» (art. 357 c.c.), «l'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione [...]». In ogni caso

57. Il rinvio alla *Moudawana* è espressamente sancito dall'art. 22 l. 15/01.

58. Proprio con quest'argomentazione una pronuncia lussemburghese ha sostenuto la contrarietà all'ordine pubblico di una *kafala* consensuale marocchina, rifiutando l'erequatur: la pronuncia è citata da A. Quiñones Escamez, *La reception du nouveau code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, pag. 893.

l'affidatario esercita i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie» (art. 5 l. 184/1983).

Due sono le interpretazioni possibili della norma.

La prima è che il visto d'ingresso possa essere rilasciato solo qualora l'istituto straniero di protezione dei minorenni adottato nel caso concreto abbia effetti *coincidenti* con quelli previsti dalla legge italiana per l'adozione (v. art. 27 l. 184/1983 per l'adozione legittimante e art. 48 ss. l. 184/1983 per la adozione in casi particolari), l'affidamento (art. 5 co. 1 l. 184/1983) o la tutela (artt. 357, 358 c.c.).

La seconda è invece che il ricongiungimento possa essere concesso anche nel caso di strumenti di protezione stranieri che, indipendentemente dal loro *nomen iuris*, producano *lege fori* effetti *analoghi* a quelli che secondo il diritto italiano producono uno o più degli istituti menzionati nell'art. 29 co. 2 T.U. imm. e dunque, come illustrato *supra*, effetti di tipo sostanzialmente *paragenitoriale*.

La più recente giurisprudenza di merito, ivi compresa la Corte d'appello di Torino con il provvedimento in esame, aderisce a questa seconda interpretazione.⁵⁹ A favore di tale tesi, vi sono anzitutto considerazioni di carattere logico.

Interpretare formalisticamente l'art. 29 co. 2 T.U. imm. richiedendo la coincidenza totale e assoluta degli effetti tra la misura straniera di protezione del minore e l'affidamento, l'adozione e la tutela così come disciplinati nel diritto italiano porterebbe inevitabilmente a concedere il ricongiungimento nei soli casi (che mi paiono meramente teorici) in cui il diritto straniero coincide con quello italiano e dunque a escludere di fatto l'operatività della norma stessa. Logica conseguenza di tale ragionamento sarebbe peraltro vietare il rilascio del visto in ogni caso di discrepanza tra le legislazioni, senza possibilità di graduazione in base alla gravità: penso al caso di uno statunitense *single* che chieda il ricongiungimento con il figlio adottato con adozione legittimante. A differenza dell'Italia, infatti, nei paesi anglosassoni l'unica adozione possibile è quella legittimante, che viene utilizzata anche nel caso di adozione da parte del coniuge del genitore.

Armissa la conformità degli effetti della *kafala* all'ordine pubblico italiano, rimane da accertare se tali effetti possano ritenersi di natura sostanzialmente paragenitoriale ai fini del ricongiungimento familiare.

Alla luce dell'analisi svolta nei paragrafi che precedono, la risposta è agevole. La *kafala* realizza un'originale combinazione di elementi che nell'ordinamento italiano sono propri dell'affidamento, dell'adozione e della tu-

tela, al fine di assicurare al minore collocato nel proprio interesse al di fuori della famiglia di origine una posizione tendenzialmente stabile e giuridicamente certa nel nucleo di accoglienza. Pur non avendone la titolarità, infatti, il *kafil* esercita la potestà sul minore affidatogli al fine di garantirgli istruzione, mantenimento ed educazione. A sostegno di questa tesi mi pare possano essere invocate le parole della Cassazione, secondo cui «l'istituto della *kafala* [...] mentre dal punto di vista sostanziale 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».⁶⁰

Come correttamente rilevato dai giudici torinesi, il ricongiungimento del minore affidato con *kafala* è imposto dalla scelta stessa del legislatore italiano di estendere l'ingresso anche ai minori in affidamento familiare. Sarebbe infatti irragionevole consentire l'ingresso del minore in affidamento e negarlo invece nel caso della *kafala*: al *kafil* sono attribuiti diritti e doveri più simili alla adozione che all'affidamento e comunque decisamente più intensi di quelli dell'affidatario, che esercita solo alcuni dei poteri connessi con la potestà genitoriale e deve rispettare le indicazioni dei genitori o del tutore.⁶¹

60. Cass., sez. I, 4.11.2005 n. 21395, cit., corsivo mio.

61. In questo senso, oltre al provvedimento in esame, v. in dottrina, R. Gelli (*La kafala di diritto islamico: prospettive di riconoscimento nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 66) che rileva che «se la normativa è ritenuta applicabile all'affidamento essa sarà a *fortiori* estensibile all'istituto della *kafala* in presenza del resto dei medesimi requisiti minimi». Il criterio di ragionevolezza, com'è noto, costituisce necessario corollario del principio di eguaglianza in senso sostanziale di cui all'art. 3 Cost. Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinari si rinvia a M. La Torre e A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994.

59. Trib. min. Reggio Calabria, sentenza 10.10.2006 e trib. Biella, 26.4.2007, cit.