

JOËLLE LONG\*

ADOZIONE E ISLAM.

GLI ORDINAMENTI GIURIDICI OCCIDENTALI E IL DIVIETO  
ISLAMICO DI ADOZIONE

**1. Premessa**

Nel corso del mio intervento, dopo una breve introduzione dedicata al divieto di adozione nel diritto islamico, analizzerò una delle possibili manifestazioni della questione relativa al ruolo del divieto islamico di adozione nei Paesi occidentali (questione compresa in quella più generale del ruolo negli ordinamenti giuridici occidentali del diritto islamico): la situazione giuridica (e in particolare l'adottabilità) del minore abitualmente residente in un Paese islamico che vieti l'adozione e che ivi sia stato affidato in base all'istituto della *kafāla* a una coppia di cittadini italiani. Altre possibili manifestazioni della questione sono: la determinazione dell'adottabilità di un minore cittadino di un Paese islamico e che si trovi in abbandono in Italia<sup>1</sup>; la domanda di adozione presentata da cittadini di Paesi islamici che vietino l'adozione ed emigrati in Italia o da una coppia formata da un cittadino italiano e da un cittadino di un Paese islamico<sup>2</sup>.

La questione che intendo esaminare appare oggi, in effetti, statisticamente irrilevante: i minori provenienti da Paesi che vietino l'adozione, affidati sub *kafāla* a cittadini italiani e autorizzati all'ingresso e alla permanenza in Italia dalla Commissione per le adozioni internazionali

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto Civile, Università degli Studi di Torino. Il presente testo costituisce una rielaborazione di quanto già scritto in Adozione "extra-convenzionale" di minori provenienti da Paesi islamici (nota a Trib. min. Trento 5.03.2002 e Trib. min. Trento 10.09.2002), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, Parte I, 151 e Ordinamenti giuridici occidentali, *kafāla* e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante, *ibidem*, Parte Seconda, 175.

<sup>1</sup> Come è noto, nel caso di minore straniero che si trovi in stato di abbandono in Italia si applica la legge italiana in materia di adozione (nazionale). Cfr. art 37 *bis* legge n. 184/83.

<sup>2</sup> La legge di riforma del diritto internazionale privato precisa che si applica il diritto italiano quando è richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio legittimo (art. 38 c. 1 legge n. 218/95).

rappresentano lo 0.03% degli ingressi autorizzati dalla Commissione dalla sua istituzione a oggi<sup>3</sup>. Malgrado ciò, la questione mi pare meritevole di attenzione, dal momento che la Commissione per le adozioni internazionali ha autorizzato un ente a operare in un Paese islamico che vieta l'adozione (il Marocco) e si è avuta la prima, conseguente, pronuncia in un caso di richiesta di adozione di un minore marocchino affidato con *kafāla* in Marocco a due coniugi cittadini italiani<sup>4</sup>. Le stesse fonti marocchine, inoltre, confermano che i minori in stato di abbandono istituzionalizzati sono assai numerosi e che il numero di bambini di strada nonché di bambini abbandonati alla nascita è in aumento<sup>5</sup>. L'alto numero di immigrati presenti in Italia (il Marocco è il primo Paese per numero di immigrati in Italia), e il progressivo innalzamento del tenore medio di vita di tali immigrati contribuirà inoltre, a mio parere, a far sì che in un prossimo futuro persone cittadine di un Paese islamico che vieti l'adozione si rechino nel loro Paese di origine, ivi ottengano in affidamento tramite *kafāla* un minore, per il quale poi chiedano l'autorizzazione all'ingresso e alla residenza in Italia a titolo di ricongiungimento familiare. È evidente che in questi casi, si porranno problemi legati all'applicazione delle norme in materia di immigrazione<sup>6</sup>. Ritengo, però, che alcune osservazioni svolte in merito al riconoscimento della *kafala* possano essere utili anche in vista di tali ipotesi.

La questione dell'adottabilità del minore proveniente da un Paese islamico che vieti l'adozione, appassiona da lungo tempo l'opinione pubblica, la giurisprudenza, il legislatore e la dottrina di altri Paesi

---

<sup>3</sup> I dati si riferiscono al periodo 16/11/2000 – 30/06/2003; gli ingressi autorizzati sono stati due, entrambi di minori marocchini. Fonte: Commissione per le adozioni internazionali, Statistiche, disponibili on line sul sito della Commissione <<http://www.commissioneadozioni.it>>.

<sup>4</sup> Cfr. Trib. min. Trento 5.03.2002 e Trib. min. Trento 10.09.2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, Parte I, 149.

<sup>5</sup> Nel secondo rapporto del Regno del Marocco al Comitato per i diritti del bambino delle Nazioni Unite, si indica l'esistenza di 384 istituti di assistenza che ospitano circa 33 000 bambini; questa cifra si riferisce a bambini in stato di abbandono permanente, che si ritiene non possano essere ri-accolti nel nucleo familiare d'origine. Cfr. Committee on the Rights of the Child, Thirty-third Session, *Summary Record of the 882<sup>nd</sup> Meeting*, 02.06.2003, doc. CRC/C/SR.882, p. 6.

<sup>6</sup> Ritengo che il ricongiungimento dovrebbe essere autorizzato, dal momento che l'art. 29 c. 2 T.U. DL 25 luglio 1998 n. 286 stabilisce che, ai fini del ricongiungimento, "i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli".

occidentali. Si noti però in tutti gli altri Paesi la maggioranza (Francia, Spagna) o la pressoché totalità (Inghilterra e Galles, Canada) dei casi hanno riguardato o riguardano coppie di immigrati cittadini di Paesi islamici che vietano l'adozione (soprattutto Algeria e Marocco) o coppie miste. In alcuni Paesi nei casi di adozione internazionale, per valutare la sussistenza nel minore delle condizioni per essere adottato, il giudice deve applicare o comunque tener conto del diritto nazionale di questi, con la conseguenza che, almeno teoricamente, in questi Paesi non dovrebbe essere possibile l'adozione di minori la cui legge nazionale vieti l'adozione. In alcuni Paesi, inoltre, è la legge nazionale comune degli aspiranti adottanti che determina i presupposti dell'adozione.

## 2. Islam, adozione e kafāla

Quasi tutti gli ordinamenti islamici vietano l'adozione<sup>7</sup>. Per questa ragione, tra l'altro, molti Stati islamici hanno apposto riserve all'art. 21 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino che riguarda appunto l'adozione<sup>8</sup>.

Il divieto di adozione è ritenuto di origine divina in quanto fonda-

---

<sup>7</sup> Costituisce un'eccezione, per esempio, la Tunisia, in cui l'adozione è stata introdotta con legge n. 27 del 1958. Con l'espressione "Paesi islamici" intendo qui riferirmi genericamente a tutti quei Paesi che si definiscono islamici e che in virtù di tale definizione aderiscono alla Conferenza islamica. Si tratta in effetti di Paesi che non sono affatto omogenei tra di loro e che hanno tradizioni e legislazioni assai diverse. In tali Paesi la shari'a esercita un'influenza diversa a seconda delle aree di uno stesso Paese (es. Nigeria) e a seconda delle aree del diritto considerate (l'influenza della shari'a sul diritto di famiglia rimane assai elevata, innanzitutto perché molti precetti religiosi in materia familiare discendono direttamente dalla rivelazione divina). Per quanto concerne in particolare la situazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi cfr. Roberta Aluffi Beck Peccoz, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, Giuffrè, Milano, 1990.

<sup>8</sup> Alcuni Stati (Afghanistan, Mauritania, Qatar, Arabia Saudita e Iran) hanno espresso una riserva generale nei confronti delle norme della Convenzione incompatibili con il diritto islamico. Altri Stati (Egitto, Indonesia Giordania, Kuwait, Oman, Siria e Emirati Arabi) hanno optato per una riserva specifica relativa all'art. 21. Così Mohamed Y. Mattar, *Trafficking in Persons, Especially Women and Children, in Countries of the Middle East: the Scope of the Problem and the Appropriate Legislative Responses*, 26 Fordham Int'l L. J. 721 (2003), nota n. 34.

to sul Corano<sup>9</sup>. La *ratio* di questo divieto deve essere individuata nella concezione islamica della famiglia come istituzione di origine divina: poiché i vincoli di filiazione sono espressione della volontà divina, l'uomo non può artificialmente determinarne la cessazione e costituirne di nuovi al di fuori della generazione biologica; essendo l'adozione un istituto giuridico volto a costituire un rapporto di filiazione indipendente dalla procreazione biologica, esso deve essere vietato.

Ciò che il Corano vieta espressamente, però, non è l'adozione in sé, ma quelli che, secondo il modello dominante di adozione accolto oggi nei Paesi di matrice culturale europea, sono considerati i suoi effetti essenziali<sup>10</sup>, espressione della costituzione di un legame giuridico di filiazione tra adottante e adottando. In questo senso, gli studiosi

---

<sup>9</sup> “Dio non ha posto nelle viscere dell'uomo due cuori, né ha fatto... dei vostri figli adottivi dei veri figli” (Sura XXXIII, 4). L'impossibilità di equiparare figli biologici e figli adottivi è indicata specificatamente con riferimento alla trasmissione del nome dall'adottante all'adottato e alla costituzione di impedimenti matrimoniali (e quindi più in generale di rapporti giuridici) con la famiglia dell'adottante: “chiamate i vostri figli adottivi dal nome dei loro veri padri: ciò è assai più giusto davanti a Dio! E se non conoscete i loro padri, siano essi vostri fratelli nella religione e vostri protetti...” (Sura XXXIII, 5); “...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 di Dio non deve essere discusso” (Sura XXXIII, 37, parte seconda).

<sup>10</sup> Tale modello, mi pare opportuno sottolinearlo, è sottoposto oggi a sollecitazioni plurime. In Italia, nella pratica si va a mio parere verso il superamento del modello rigido tradizionale di protezione dell'infanzia, secondo il quale l'accoglimento del minore in un nucleo familiare diverso da quello di origine con cui egli mantiene i rapporti giuridici dovrebbe sempre avere carattere non totale né definitivo, in quanto ogni minore, nel suo interesse, non potrebbe avere che una e una sola “famiglia”: da un lato, infatti, in casi di cosiddetto semiabbandono (presumibilmente) permanente, il giudice si trova talvolta a reinterpretare l'istituto dell'affidamento eterofamiliare così come inteso *ex lege*, prevedendo ch'esso sia destinato nei fatti a durare *sine die*, pur senza poterlo dichiarare apertamente; si tratta di un prassi che dal nuovo testo dell'art. 3, comma 4°, legge 184 viene limitata, per evitare abusi, ma non certo impedita; dall'altro, inoltre, è frequente, sempre in molti casi di semiabbandono di lunga durata, l'utilizzo dell'adozione in casi particolari di cui all'art 44 lett. *d*, proprio allo scopo di conservare i legami giuridici e di fatto tra minore e famiglia d'origine. Cfr., inoltre, le recenti critiche al modello contemporaneo della *Law Commission* neozelandese, che dopo aver affermato che l'attuale adozione crea una “ripugnante e non necessaria distorsione della realtà, propone di ridisciplinare l'adozione, sostituendo la rottura dei rapporti giuridici con la famiglia di origine e la creazione di un nuovo legame di filiazione e parentela con la famiglia biologica con un trasferimento permanente della potestà genitoriale ai genitori adottivi (New Zealand Law Commission, *Adoption and its Alternatives: A Different Approach and a New Framework*, Law Commission, 2000).

più attenti, di parte islamica e non, precisano che il divieto riguarda l'adozione "formale"<sup>11</sup> o "legale"<sup>12</sup>.

Gli studiosi più attenti spiegano il divieto islamico di adozione, come d'altronde molte prescrizioni bibliche, in prospettiva storica: il divieto deve essere inquadrato nella cornice sociale dell'epoca e collegato con il rivoluzionario messaggio di rinnovamento sociale di Maometto, fratellanza nell'Islam indipendentemente dalle condizioni personali e sociali. Questo messaggio contribuì a determinare la crisi del sistema tribale su cui si fondava la società preislamica, in cui l'adozione era frequentemente impiegata per consentire ai soggetti senza figli di tramandare nome e patrimonio e alle famiglie di ingrandirsi e di stringere alleanze.

La presenza del divieto di adozione non significa però che nei Paesi islamici che vietano l'adozione manchino strumenti di protezione dell'infanzia in difficoltà.

In questi Paesi, lo strumento principale di protezione dell'infanzia abbandonata è la *kafāla*, riconosciuta quale misura di protezione del minore sia dalla Convenzione sui diritti del bambino, sia dalla Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori. Un uomo (il *kafil*) promette, davanti a un giudice o a un notaio<sup>13</sup>, di curare o mantenere un determinato minore (*makful*); 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; la *kafāla* è revocabile e termina al raggiungimento della maggiore età. Nella pratica la *kafāla* è combinata con un istituto di diritto successorio (*tanzil*) che consente all'affidatario di legare al *makful* una quota del suo patrimonio sostanzialmente analoga a quella degli eredi<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> PEARL – MENSKI, *Muslim Family Law*, Sweet & Maxwell, 1998, n. 10.25.

<sup>12</sup> GHAFAR, *Adoption in Islam*, The Islamic Information Centre of America, <<http://www.iica.org/invitation/adoption.html>>, pp. 2 ss.

<sup>13</sup> L'art 116 del Codice algerino parla di notaio o giudice indifferentemente; l'art 4 della legge tunisina precisa invece che la *kafāla* deve essere conclusa innanzi a un notaio e poi omologata dal giudice.

<sup>14</sup> Il campo pressoché esclusivo di applicazione della *kafāla* era tradizionalmente il diritto dei contratti, ove tale istituto è sostanzialmente analogo alla nostra fideiussione. L'utilizzo sistematico della *kafāla* nel diritto di famiglia come strumento pubblico di protezione del trovatello (*laqit*) è, invece, recente e risale alla fine del colonialismo (durante il quale i Paesi del Maghreb avevano riscoperto e utilizzato largamente l'adozione intesa come istituto volto a creare un legame artificiale di filiazione) e al ritorno

### 3. Ordinamento italiano, divieto di adozione e *kafāla*: le questioni giuridiche

L'esistenza del divieto di adozione nell'ordinamento del Paese di origine del minore significa, evidentemente, che l'affidamento disposto in tale Paese non può essere "a fini di adozione", almeno dal punto di vista dell'ordinamento del Paese di origine.

Questo "fine di adozione" è però richiesto nell'ordinamento italiano (a) sia per il rilascio dell'autorizzazione all'ingresso e alla residenza permanente del minore da parte della Commissione per le adozioni internazionali (b) sia per la dichiarazione di efficacia da parte del tribunale per i minorenni.

(a)

La scelta di autorizzare l'ingresso di minori affidati sub *kafāla* a coniugi residenti in Italia, dichiarati idonei all'adozione internazionale e assistiti nelle procedure da un ente privato autorizzato dalla Commissione a operare nel Paese di origine del minore che vieti l'adozione potrebbe (anzi dovrebbe) apparire obbligata, in quanto il rilascio all'ente di un'intermediazione per un determinato Paese implica una previa valutazione positiva della compatibilità tra l'ordinamento di quello Stato di origine e i requisiti previsti dal Titolo III della legge n. 184/83 per la dichiarazione di efficacia in Italia del provvedimento straniero come adozione legittimante.

Desta, invece, perplessità il fatto che la Commissione, nell'atto di autorizzazione di un minore proveniente da un Paese islamico che vieti l'adozione e affidato sub *kafāla* a cittadini italiani, abbia dato "atto della non equiparabilità della *kafāla* all'adozione legittimante e all'affidamento a scopo adottivo preordinato all'adozione legittimante"<sup>15</sup>. Tale affermazione può a mio parere essere intesa solo come un rico-

---

in vigore della legislazione precedente che vietava l'adozione. Con la *kafāla*, infatti, i legislatori hanno tentato di realizzare un contemperamento tra gli slanci del fondamentalismo islamico, che premevano per il recepimento nella legislazione dei precetti del Corano, tra cui il divieto di adozione, e quelli di modernizzazione sul modello occidentale, che premevano per il riconoscimento della possibilità per i genitori affidatari di un minore di trasmettergli nome e patrimonio. Cfr. NADIA AÏT ZAÏ, *La kafāla en droit algérien*, in BLEUCHOT, *Les institutions traditionnelles dans le monde arabe*, Katala – Iremam, 1996, 95 ss.

<sup>15</sup> Cfr. le pronunce del TM Trento cit., sulle quali cfr. diffusamente subito *infra*.

noscimento del fatto che la *kafāla* non ha i requisiti per essere dichiarata efficace in Italia *ex art 36 c. 2 legge sull'adozione*. Poiché, però, l'autorizzazione rilasciata dalla Commissione non può che essere preordinata all'adozione legittimante, non si comprende come mai la Commissione abbia autorizzato l'ingresso e la residenza permanente di tali minori<sup>16</sup>, né più in generale perché sia stato autorizzato un ente a operare in un Paese che vieti l'adozione.

(b)

Nessun Paese islamico ha ratificato la Convenzione dell'Aja sull'adozione internazionale, dal momento che l'ambito di applicazione della Convenzione è ristretto alle sole adozioni che "costituiscano un rapporto giuridico di filiazione" (art 2 Conv.). Le adozioni di minori provenienti da questi Stati (i quali ufficiosamente tollerino che enti stranieri svolgano attività di intermediazione nelle adozioni all'estero di minori residenti sul proprio territorio) rientrano dunque nelle adozioni cosiddette "extraconvenzionali", disciplinate all'art 36 c. 2 legge n. 184/83.

In base a questa norma, per poter essere dichiarato efficace in Italia (come adozione legittimante, l'unica adozione internazionale espressamente disciplinata nel nostro ordinamento), il provvedimento estero deve essere anzitutto qualificabile come provvedimento di "adozione" o di "affidamento a scopo adottivo". Oltre a ciò, il tribunale per i minorenni deve accertare: la condizione di abbandono del minore o il consenso dei genitori naturali all'adozione legittimante; l'esistenza di un preventivo decreto di idoneità degli aspiranti genitori adottivi; l'intervento della Commissione per le adozioni internazionali; l'intervento di un ente privato autorizzato all'intermediazione; il rispetto delle eventuali indicazioni contenute nel decreto di idoneità; la sussistenza dell'autorizzazione all'ingresso e alla residenza in Italia del minore da parte della Commissione.

Nel caso in cui il tribunale ritenga sussistenti tutti i requisiti e dichiarare quindi il provvedimento estero efficace in Italia come adozione

---

<sup>16</sup> In quest'ottica competenti ad autorizzare l'ingresso del minore dovrebbero essere le autorità ordinariamente competenti in materia di immigrazione che applicheranno la disciplina ordinaria sui ricongiungimenti familiari, e quindi nel caso di cittadini italiani il dpr. 30.12.1965 n.1656; nel caso di cittadini stranieri il T.U. D.L. 25 luglio 1998 n. 286.

legittimante, lo status del minore sarebbe, però, claudicante. Non potendo l'adozione essere riconosciuta come tale nel Paese d'origine (che vieta l'adozione in quanto istituto volto a creare artificialmente un legame di filiazione), il minore manterrebbe – dal punto di vista del Paese di origine – i suoi rapporti giuridici sia con il Paese di origine stesso sia con la famiglia biologica, essendo quindi figlio degli adottanti in Italia, ma privo di qualsiasi vincolo giuridico con questi ultimi e figlio dei genitori biologici nel Paese di origine<sup>17</sup>.

#### 4. Il caso Trento

Il primo caso in cui un giudice italiano è stato posto di fronte al dilemma relativo alla situazione giuridica del minore affidato con *kafāla* è rappresentato da due provvedimenti del tribunale per i minorenni di Trento del 2002 riguardanti un bambino marocchino<sup>18</sup>.

Due coniugi cittadini italiani, preventivamente dichiarati idonei all'adozione internazionale dal Tribunale per i minorenni di Trento e assistiti nella procedura di adozione internazionale da un ente privato autorizzato a operare in Marocco dalla Commissione per le adozioni internazionali, si recano in Marocco e ivi ricevono dalla competente autorità marocchina in affidamento, in base a un istituto denominato *kafāla*, un minore cittadino marocchino. Tornati in Italia con il minore, regolarmente autorizzato dalla Commissione all'ingresso e alla residenza permanente, i coniugi chiedono al Tribunale per i minorenni di Trento “che sia pronunciata l'adozione” del minore.

Nel primo provvedimento il Tribunale, ritenendo la *kafāla* marocchina non equiparabile all'adozione legittimante italiana o all'affidamento preadottivo preordinato alla medesima, rifiuta di dichiarare l'efficacia in Italia *ex art 36 c. 2 legge n. 184/1983*, ma contestualmente

---

<sup>17</sup> Si tratta di un problema che non si pone nei numerosi casi, quali quello sottoposto all'esame del Tribunale per i minorenni di Trento nel 2002 su cui subito *infra*, in cui il minore è stato adottato molto piccolo da cittadini italiani privi di legami culturali specifici con il Paese di origine ed è figlio di genitori sconosciuti o che comunque non hanno manifestato interesse per la collocazione adottiva del figlio. Problemi pratici notevoli potrebbero, invece, porsi nei casi di coppie immigrate o di coppie miste, che abbiano consolidati rapporti giuridici e di fatto con il Paese di origine: penso all'eventualità che la famiglia adottiva si ritrasferisca nel Paese di origine e, più in generale, ai diritti successori e alimentari.

<sup>18</sup> Trib. min. Trento 5.03.2002 e Trib. min. Trento 10.09.2002, cit.

indica, però, come “non preclusa” ai coniugi l’adozione in casi particolari per “constatata impossibilità di affidamento preadottivo” (di cui alla lett. d dell’art 44 legge adozione). Nel secondo provvedimento pronuncia, su richiesta dei coniugi affidatari sub *kafāla*, l’adozione in casi particolari.

La scelta dell’adozione in casi particolari viene giustificata invocando l’art 20 della Convenzione ONU sui diritti del bambino, che stabilisce che il minore temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare ha diritto a una protezione sostitutiva da parte degli Stati contraenti. Gli Stati prevedono questa protezione sostitutiva in conformità al loro diritto interno; effettuando la scelta tra le misure possibili, occorre considerare la necessità di “assicurare una certa continuità nell’educazione del bambino” nonché l’origine etnica, religiosa, culturale e linguistica del minore. Nel caso in questione il Tribunale ritiene che tale continuità “non può essere garantita, in difetto di ogni possibile alternativa, che dalla lingua e dalla cultura degli affidatari, i quali reclamano vivacemente l’adozione considerando la *kafala* solo come una situazione transitoria”.

### **5. I pro e i contra la pronuncia dell’adozione in casi particolari**

Riflettiamo ora sui *pro* e *i contra* della pronuncia dell’adozione in casi particolari nel caso di specie. Tale riflessione appare oggi a mio parere particolarmente opportuna perché la convenzione bilaterale con il Marocco in materia di adozione internazionale attualmente in fase di negoziazione pare seguire questo indirizzo, costruendo un sistema di riconoscimento della *kafāla* marocchina basato appunto sull’adozione in casi particolari<sup>19</sup>.

Nel caso di specie, innanzitutto, l’adozione in casi particolari offre una situazione giuridica certa e stabile a un minore straniero che, per quanto è possibile apprendere dalla descrizione del fatto contenuta nel provvedimento, non aveva (o comunque non aveva più) nel Paese di origine legami affettivi significativi con la famiglia di origine e appariva ben inserito nel nucleo familiare degli affidatari sub *kafāla*.

---

<sup>19</sup> Cfr. Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare infanzia, Audizione del Sottosegretario di Stato per gli Affari Esteri Boniver in materia di adozione internazionale, seduta del 26.06.2003.

Da un punto di vista generale, inoltre, tale soluzione, mantenendo i rapporti giuridici di filiazione e parentela tra minore e famiglia biologica (dimostrati anche dal mantenimento, sia pure accanto al cognome degli adottanti, del cognome della famiglia di origine), realizza rispetto all'adozione legittimante una maggior considerazione dell'origine "etnica, religiosa, culturale e linguistica" del minore richiesta dall' art 20 c. 3 Conv. ONU nella scelta della forma di protezione del minore da adottare nel caso specifico.

Rispetto all'adozione legittimante, infine, la soluzione individuata risulta maggiormente rispettosa del diritto del Paese di origine, in armonia con i principi generali di diritto internazionale privato di cui alla legge n. 218/95 nonché con lo spirito di rispetto dei Paesi di origine evidente nella Convenzione de L'Aja del 1993 relativa all'adozione internazionale.

Contrarie alla pronuncia di adozione in casi particolari sono invece, innanzitutto, considerazioni analoghe a quelle che possono essere svolte in merito alla pronuncia dell'adozione legittimante. Anche l'adozione in casi particolari, infatti, pur mantenendo i rapporti giuridici con la famiglia biologica (e apparendo quindi, come si è detto, più rispettosa del Paese di origine rispetto all'adozione legittimante), costituisce pur sempre un legame di filiazione "artificiale", che non può essere riconosciuto nel Paese di origine del minore. Si tratta, peraltro, delle medesime ragioni che hanno portato, in sede di elaborazione della Convenzione sull'adozione internazionale del 1993 a escludere la *kafāla* dall'ambito di applicazione di tale Convenzione<sup>20</sup>.

L'applicazione dell'art 44 lett. d al caso di specie, inoltre, rischia di aprire la strada a un binario parallelo alle adozioni internazionali di cui al Titolo III delle legge n. 184/1983, in cui, a differenza del caso di specie, manchi una valutazione preventiva dell'idoneità degli adottanti, manchi l'intervento di un ente autorizzato e quello della Commissione. In quest'ottica si dovrebbe dunque pensare, *de iure condendo*, a un'adozione internazionale in casi particolari, alla quale siano espressamente estese le garanzie di cui al Titolo III.

Contrarie alla pronuncia dell'adozione in casi particolari mi paiono, infine, ragioni di opportunità legate alla salvaguardia del sistema generale dell'adozione previsto nell'ordinamento italiano.

Nei casi di cui alle lett. *a* e *b* dell'art. 44 il legislatore ha già valutato in astratto l'opportunità per il minore di mantenere rapporti giuridici con la famiglia di origine. Nei casi di cui alla lett. *d*, invece, il mantenimento non appare sempre di per sé opportuno, ma occorre valutare se nel caso concreto il mantenimento dei rapporti giuridici con la famiglia d'origine (e quindi l'adozione in casi particolari) risponda effettivamente al superiore interesse del mi-

---

<sup>20</sup> Cfr. *Explanatory Report Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*, a cura di P. Lagarde, par. 23.

nore. È vero che vi sono stati casi in cui la giurisprudenza ha utilizzato l'art 44 lett. *d* per situazioni di minori stranieri giunti in Italia con la famiglia biologica, ma si trattava di minori in stato di semiabbandono in Italia, in cui il mantenimento dei vincoli giuridici con la famiglia biologica, come nei casi di semiabbandono di minori italiani, appariva assai opportuno, anzi la ragione principale per la quale non si seguiva la via dell'adozione legittimante, dovendo essere inquadrato nell'intenzione di consentire al minore di conservare punti di riferimento e contatti con la famiglia biologica dotati di elementi di positività, seppur non sufficienti a evitare la pronuncia dell'adozione<sup>21</sup>. Nel caso esaminato dal tribunale per i minorenni di Trento, invece, non risultano esistenti legami di fatto affettivi significativi tra minore e famiglia biologica<sup>22</sup>.

A questa critica si potrebbe certamente obiettare che la giurisprudenza è ricorsa frequentemente all'adozione in casi particolari *ex* lett. *d* per sanare affidamenti in cui *gli affidatari* non avevano i requisiti per l'adozione legittimante (per esempio perché persone singole o coppie prive del requisito concernente il limite massimo di differenza di età) ma in cui i rapporti tra minore e affidatari si erano consolidati a tal punto che sarebbe stato contrario all'interesse del minore allontanarlo. Ipotesi dunque sostanzialmente diverse dall'indirizzo giurisprudenziale richiamato *supra* in base al quale l'adozione in casi particolari *ex* lett. *d* è finalizzata alla tutela di rapporti tra famiglia biologica e adottato.

## **6. L'applicazione della disciplina ordinaria di diritto internazionale privato**

Il Tribunale di Trento nei suoi provvedimenti ha indicato le ragioni sia del rifiuto dell'adozione legittimante sia della scelta dell'adozione in casi particolari. Non ha esaminato, invece, un'altra possibile soluzione, che comporta sicuramente problemi pratici, ma a favore della

---

<sup>21</sup> Su questo utilizzo dell'art 44 lett. *d*, cfr. P. Morozzo della Rocca, *Adozione "plena, minus plena" e tutela delle radici del minore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 683. Si noti, peraltro, che esiste un orientamento giurisprudenziale che preferisce in questi casi pronunciare l'adozione legittimante prescrivendo il mantenimento dei rapporti di fatto con alcuni membri della famiglia biologica, cfr. per esempio Tribunale per i minorenni di Bologna, decreto 9 settembre 2000, in *Famiglia e Diritto*, 2001, p.79 e ss.

<sup>22</sup> Bisogna comunque ammettere che proprio questa inesistenza di legami di fatto, peraltro comune a molte adozioni internazionali, determina, almeno da un punto di vista prognostico, una sostanziale assenza di effetti pratici della previsione del mantenimento dei legami giuridici.

quale possono avanzarsi diversi argomenti soprattutto formali: l'applicazione al caso in esame della disciplina generale italiana di diritto internazionale privato in materia di protezione dei minori.

L'art. 42 della legge n. 218/95, dedicato alla "protezione degli incapaci" e agli "obblighi alimentari", opera una recezione materiale delle norme della Convenzione de L'Aja del 1961 sulla competenza delle autorità e sulla legge applicabile in materia di protezione dei minori, 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 in questione.

La Convenzione del 1961 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). Le misure adottate dalle autorità competenti conformemente alla Convenzione sono riconosciute in tutti gli Stati contraenti (art 7 Conv.).

Per valutare la possibilità di applicare la Convenzione del 1961 al caso in esame, occorre valutare se la *kafāla* possa essere inclusa nell'ambito di applicazione della Convenzione e dunque nelle "misure volte alla protezione della persona o dei beni" del minore adottate da "autorità sia giudiziarie sia amministrative" di cui agli artt. 1 e 2 Conv.. Il provvedimento oggetto dell'esame del tribunale per i minorenni, al di là di ogni semplificazione terminologica, non è la *kafāla*, intesa come promessa unilaterale, ma il provvedimento che autorizza la *kafāla* e che in tutti i Paesi è attribuito all'esclusiva competenza di un'autorità pubblica, amministrativa o giudiziaria<sup>23</sup>. Per questa ragione, nulla osta a mio parere all'inclusione della *kafāla* nell'ambito di applicazione della Convenzione.

A favore dell'applicazione nel caso di specie della disciplina ordinaria di diritto internazionale privato, potrebbero forse essere avanzati anche argomenti sostanziali: nel nostro ordinamento giuridico si sta realizzando lentamente nella pratica una flessibilizzazione degli strumenti

---

<sup>23</sup> In Marocco la competenza ad autorizzare la *kafāla* era attribuita ad un'autorità amministrativa, il governatore della prefettura che ha tutela *ex lege* sui minori abbandonati (cfr. *dahir* n. 1-93-165). Il recentissimo *Dahir* n. 1-02-17 del giugno 2002, invece, modificando il sistema precedente, attribuisce la competenza a un'autorità giudiziaria con competenza specifica in materia minorile.

di protezione dell'infanzia previsti dal legislatore. Da un lato, infatti, in casi di cosiddetto semiabbandono (presumibilmente) permanente, il giudice si trova talvolta a reinterpretare l'istituto dell'affidamento eterofamiliare così come inteso *ex lege*, prevedendo ch'esso sia destinato nei fatti a durare *sine die*, pur senza poterlo dichiarare apertamente; si tratta di un prassi che dal nuovo testo dell' art. 3, comma 4°, legge 184 viene limitata, per evitare abusi, ma non certo impedita. Dall'altro, inoltre, è frequente, sempre in molti casi di semiabbandono di lunga durata, l'utilizzo dell'adozione in casi particolari di cui all'art 44 lett. d, proprio allo scopo di conservare i legami giuridici e di fatto tra minore e famiglia d'origine<sup>24</sup>.

A favore dell'applicazione della disciplina ordinaria di diritto internazionale privato, inoltre, potrebbe essere invocato il generale principio, ispiratore della riforma di diritto internazionale privato nonché di numerose convenzioni internazionali (che, in quanto ratificate, contribuiscono a determinare i principi generali del nostro ordinamento giuridico) in base al quale occorre rispettare le legislazioni nonché le giurisdizioni degli altri Paesi, anche al fine di evitare la creazione nei fatti di situazioni giuridiche claudicanti. Si tratta, a mio parere, di un'argomentazione formale ma densa di conseguenze sostanziali.

L'applicazione della Convenzione al caso esaminato dal Tribunale per i minorenni di Trento pone in effetti problemi di natura generale, legati a difetti "strutturali" congeniti della Convenzione stessa<sup>25</sup>.

Dopo aver stabilito l'obbligo di riconoscimento negli altri Stati contraenti delle misure adottate *ex* Convenzione in uno Stato con-

---

<sup>24</sup> Es. adozione in casi particolari (Cfr. Morozzo della Rocca, cit.). Per quanto concerne in particolare l'adozione cfr. nota n.10. Questa riflessione costituisce, peraltro, a mio parere un'adeguata risposta a una possibile critica all'applicazione della disciplina ordinaria di diritto internazionale privato. Alcuni, infatti, potrebbero sostenere la contrarietà della kafala all'ordine pubblico, sottolineando che la kafala dispone l'accoglimento *sine die* e non temporaneo di un minore in una famiglia diversa da quella biologica, mentre nel nostro ordinamento l'affidamento eterofamiliare è concepito come rigorosamente temporaneo e preordinato al reinserimento del minore nella famiglia d'origine.

<sup>25</sup> Sulla Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 e sulla legge 15 gennaio 1994 n. 64 (che ha stabilito la competenza per "il riconoscimento e l'esecuzione" dei "provvedimenti adottati dalla autorità straniera per la protezione dei minori, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 1961), cfr. A. SALZANO, *La rete internazionale di protezione del fanciullo. Accordi internazionali in vigore ed in corso di ratifica a tutela della minore età*, Giuffrè, 1998.

traente, la Convenzione stabilisce che, se tali misure richiedono degli atti di esecuzione in uno Stato diverso da quello in cui sono state adottate, il loro riconoscimento e la loro esecuzione sono regolati sia dal diritto interno dello Stato in cui l'esecuzione è chiesta, sia dalle convenzioni internazionali. In attuazione di tale norma, che parrebbe in effetti svuotare di significato l'obbligo del riconoscimento, il legislatore italiano, con legge 15 gennaio 1994 n. 64, ha stabilito la competenza per "il riconoscimento e l'esecuzione" dei "provvedimenti adottati dalla autorità straniera per la protezione dei minori, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961" del tribunale per i minorenni del luogo ove i provvedimenti devono avere attuazione<sup>26</sup>; appare peraltro lecito dubitare della compatibilità di tale norma con il principio del riconoscimento automatico di cui agli artt. 64 e ss. legge n. 218/95. Il tribunale decide con decreto in camera di consiglio, sentiti il PM, il minore e le persone presso cui questi si trova<sup>27</sup>; come per tutti gli atti stranieri di cui sia richiesto il riconoscimento, è necessario che la *kafāla* (*rectius* la produzione dei suoi effetti nel nostro ordinamento) non sia contraria all'ordine pubblico italiano<sup>28</sup>. Qualora si ritenesse la Convenzione dell'Aja del 1961 applicabile alla fattispecie in esame, ne conseguirebbe che il provvedimento marocchino di *kafāla* marocchina dovrebbe dunque essere "riconosciuto"<sup>29</sup> dal TM.

Un'altra carenza strutturale della Convenzione che potrebbe creare

---

<sup>26</sup> Art. 4 c. 1 legge 64/94. Questa legge ha altresì ratificato e dettato norme di attuazione delle Convenzioni dell'Aja e del Lussemburgo del 1980 sulla sottrazione internazionale dei minori nonché dettato norme di attuazione della Convenzione dell'Aja del 1970 in materia di rimpatrio dei minori.

<sup>27</sup> Art. 4 c. 2. La norma in effetti si limita a stabilire che il minore debba essere sentito solo "ove del caso"; a mio parere invece l'ascolto del minore è obbligatorio, discendendo dall'art.12 della Convenzione ONU sui diritti del bambino (cfr. Corte cost. n. 1/2002), nonché dalla Convenzione europea del 1996 sull'esercizio dei diritti dei bambini recentemente ratificata (legge 20 marzo 2003 n. 77).

<sup>28</sup> Si consideri però la necessità, come in tutte le decisioni in cui sia coinvolto un minore, di tener comunque conto del superiore interesse del minore (cfr. art 3 Convenzione ONU).

<sup>29</sup> Non affronto qui il tema della natura costitutiva o (più verosimilmente) dichiarativa del provvedimento marocchino di *kafala*. Mi limito solo a osservare che, in effetti, la previsione da parte della legge n. 64/94 della necessità di un tale riconoscimento da parte del TM non appare in armonia con il principio generale del riconoscimento automatico alla base della riforma di diritto internazionale privato (cfr. artt. 64 e ss. legge n. 218/95).

confusione nell'applicazione del caso di specie è quella relativa alla determinazione delle competenze. La previsione di cui all'art. 1 in base a cui è competente l'autorità dello Stato di residenza abituale del minore (e quindi se il minore è in Marocco le competenti autorità di quello Stato, se il minore è in Italia le competenti autorità italiane), deve, innanzitutto, essere integrata da alcune norme, espressamente fatte salve: "in caso di trasferimento di un minore che era sotto la protezione delle autorità dello Stato di cui egli è cittadino, le misure da queste adottate sulla base della loro legislazione interna resteranno in vigore nello Stato di nuova residenza abituale" (art. 5, terzo capoverso Conv.); le autorità dello Stato di cui il minore è cittadino, qualora ritengano che l'interesse del minore lo richieda, possono dopo aver avvertito lo Stato di residenza abituale, adottare *lege fori* le misure che ritengano opportune a proteggere la persona o i beni del minore (art. 4). Lo Stato di residenza abituale, inoltre, può in ogni caso adottare "misure di protezione fintantoché il minore è minacciato da un pericolo serio alla sua persona o ai suoi beni" (art. 8 Conv.); le "autorità di ogni Stato contraente sul territorio del quale si trovano o il minore o dei beni a questo appartenenti adottano in tutti i casi di urgenza... le necessarie misure di protezione" (art. 9).

A (sia pur parziale) soluzione di tali incertezze la Convenzione prevede un sistema di cooperazione tra gli Stati contraenti, basato sullo scambio di informazioni tra autorità centrali, una per ogni Stato contraente<sup>30</sup>. Le autorità competenti devono, "per quanto possibile", adottare misure protettive solo dopo aver consultato le autorità degli altri Stati contraenti in cui sono ancora in vigore le decisioni (art. 10). Tutte le autorità che abbiano adottato misure in base alla Convenzione devono informare "senza indugio" le autorità dello Stato di cui il minore è cittadino e, se del caso, quelle dello Stato di abituale residenza (art. 11).

Al di là delle incertezze causate dalle carenze strutturali della Convenzione del 1961, peraltro riconosciute dalla stessa Conferenza dell'Aja che nel 1996 ha aperto alla firma una nuova Convenzione destinata a sostituire la Convenzione del 1961, l'applicazione della Convenzione del 1961 al caso di specie comporta indubbiamente notevoli problemi di natura sostanziale.

---

<sup>30</sup> In Italia autorità centrale è stato designato l'Ufficio centrale per la giustizia minorile.

Innanzitutto il riconoscimento *ex* Convenzione dell'Aja della *kafāla* comporterebbe in concreto la mancanza per il minore di uno status familiare certo e stabile. "Certo" perché gli effetti della *kafāla* in Italia dovrebbero essere i medesimi che in Marocco, con notevoli difficoltà pratiche non solo per le autorità italiane per chiarire l'ambito dei poteri degli affidatari, ma soprattutto nell'applicarle (pensiamo al principio della parità dei genitori in materia di gestione della responsabilità parentale nonché al problema del cognome, ai problemi in materia alimentare e successoria); le autorità marocchine inoltre (tramite i consolati) manterrebbero il potere di vigilare sull'andamento dell'affidamento. "Stabile" per la natura stessa della *kafāla*: un affidamento eterofamiliare che, almeno formalmente, cessa al raggiungimento della maggiore età dell'affidato, lasciando quindi privo di qualunque regolazione giuridica un consolidato rapporto di carattere familiare. Poiché non modifica gli status dei soggetti coinvolti, infine, il provvedimento del TM che riconosce la *kafāla* non potrebbe essere trascritto nei registri dello stato civile, con notevoli difficoltà pratiche in merito alla definizione dei poteri spettanti agli affidatari. A parziale soluzione di ciò, per esigenze pratiche (per esempio iscrizione scolastica o rapporti con le autorità sanitarie), gli affidatari potrebbero utilizzare il provvedimento italiano del TM.

Difficoltà pratiche sorgerebbero, inoltre, in conseguenza del mantenimento del minore della sola cittadinanza del Paese d'origine, con conseguente soggezione alla disciplina ordinaria in materia di immigrazione e possibili difficoltà in merito al rilascio e al rinnovo del permesso di soggiorno (si pensi per esempio al rinnovo al raggiungimento della maggiore età).

Alla soluzione in esame, infine, potrebbero essere mosse le medesime obiezioni svolte a proposito dell'utilizzo dell'adozione in casi particolari. Si rischierebbe, cioè la creazione di un binario parallelo e senza controllo di "adozioni" internazionali, intese in senso lato come affidamento tendenzialmente permanente di un minore proveniente da un Paese estero a un nucleo familiare residente in Italia. Tale rischio potrebbe però essere evitato: in questi casi, in effetti, a mio parere il tribunale per i minorenni dovrebbe rifiutare il riconoscimento sulla base della contrarietà della produzione degli effetti di *quella kafāla* all'ordine pubblico. Uno dei principi fondamentali del nostro diritto di famiglia, infatti, è quello secondo il quale il nucleo familiare, diverso da quello biologico, a cui il minore debba nel suo interesse essere affidato temporaneamente o permanentemente debba essere stato valutato

idoneo allo svolgimento dei delicati compiti cui è chiamato da una pubblica autorità. Certo nell'affidamento eterofamiliare, come d'altronde nell'adozione nazionale, non vi è un vero e proprio provvedimento giudiziario, che dichiari l'idoneità degli aspiranti affidatari. Tuttavia questo non significa affatto che manchi una valutazione dell'idoneità degli affidatari. L'idoneità sostanziale di chi aspira ad avere un bambino in adozione o in affidamento, infatti, è uno degli aspetti che la pubblica autorità deve valutare, a garanzia dell'interesse del bambino, per decidere l'affidamento o l'adozione: tale valutazione compete ai servizi sociali se si tratta di affidamento familiare e al tribunale per i minorenni, con la collaborazione dei servizi sociali, se si tratta di affidamento preadottivo.

## 7. La Convenzione dell'Aja del 1996

Le incertezze della Convenzione dell'Aja del 1961 in merito alla ripartizione delle competenze e la farraginosità del meccanismo previsto in attuazione della Convenzione dalla legge n. 64/1994 potrebbero essere superate dalla pronta ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996, firmata dall'Italia, insieme agli altri Paesi UE, il 1° aprile 2003 e già ratificata dal Marocco, e dalla sostituzione del rinvio materiale effettuato dall'art. 42 l. 218/1995 alla Convenzione dell'Aja del 1961 con un rinvio alla Convenzione dell'Aja del 1996. Tale soluzione avrebbe, inoltre, il pregio, rispetto a una convenzione bilaterale, di potersi estendere, ove venisse ratificata anche da altri Paesi islamici, anche ai rapporti con altri Paesi.

Come per la Convenzione del 1961, oggetto della Convenzione sono le misure volte alla protezione della persona e dei beni del minore. Tra queste misure è compresa la *kafāla*. L'art. 3 della Convenzione, che contiene un'elencazione esemplificativa delle misure di protezione della persona e dei beni del minore comprese nell'ambito di applicazione della Convenzione, infatti, include espressamente "la collocazione di un minore presso una famiglia affidataria o un istituto o il suo affidamento legale tramite kafala o un istituto analogo".

La competenza ad adottare tali misure è riconosciuta alle autorità del Paese di residenza abituale del minore che applicano il loro diritto interno.

Le misure di protezione adottate ex Convenzione in uno Stato contraente sono riconosciute "by operation of law/de plein droit",

dunque, senza alcun provvedimento di *exequatur*, negli altri Stati contraenti (art. 23).

Una norma disciplina esplicitamente il caso in cui la collocazione di un minore presso una famiglia affidataria o il suo affidamento legale tramite *kafāla* o un istituto analogo debbano avere luogo in un Paese diverso da quello le cui autorità adottano le misure. In tale ipotesi le autorità prima di adottare la misura devono consultare l'autorità centrale o le competenti autorità del Paese di accoglienza, trasmettendo loro una relazione sul minore e sui motivi che giustificano l'adozione della misura proposta. La decisione finale non può essere adottata se l'autorità centrale o le altre autorità competenti del Paese di accoglienza hanno manifestato il loro consenso all'adozione di tale misura, tenuto conto del superiore interesse del minore (art. 33 c. 1 e 2). Nel caso in cui tale procedura non sia stata rispettata, il riconoscimento può essere rifiutato (art. 23, secondo capoverso, lett. f).

Rimarrebbero, però, aperte anche con l'eventuale ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996 i problemi di natura sostanziale, i più importanti dal punto di vista dell'interesse del minore. Il problema della conoscenza della disciplina marocchina della *kafāla*, infatti, potrebbe essere agevolmente risolto a livello di cooperazione tra le Autorità centrali (ma anche più semplicemente a livello accademico o di contatti informali tra autorità pubbliche). Rimarrebbero, invece, aperte questioni fondamentali quali quelle attinenti ai rapporti privatistici (si pensi all'operatività in Italia di una norma come quella che attribuisca la responsabilità genitoriale solo al marito, con conseguente impossibilità giuridica della madre affidataria di manifestare validamente il suo consenso o dissenso in materie quali i trattamenti sanitari o anche, in sede scolastica, le votazioni dei rappresentanti dei genitori), nonché al mancato acquisto della cittadinanza italiana da parte dell'adottato (con i conseguenti e prevedibili problemi in materia di rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno soprattutto al raggiungimento della maggiore età).