



ECONOMIA, FINANZA, DIRITTO DELL'IMPRESA

Collana diretta da BERNARDINO QUATTROCIOCCHI



Maurizio Orlandi

**La *kafāla* di diritto islamico,
tra diritto internazionale privato
e diritto europeo**



G. Giappichelli Editore

Capitolo I

Un mondo sempre più integrato e le relazioni interculturali che esso produce

Mondi giuridici e civiltà, che per millenni hanno avuto dei contatti che sono stati sostanzialmente confinati alle attività commerciali, in alcuni secoli peraltro sporadiche¹, hanno inevitabilmente sviluppato sistemi culturali², sociali e giuridici tra loro diversi, in quanto orientati da tradizioni distinte e religioni non omogenee.

Ognuno di questi sistemi, ognuna di queste civiltà, ha espresso ed esprime, in maniera del tutto legittima, i *propri* istituti giuridici³ e, con essi, i *propri* valori fondamentali⁴, i quali sono spesso comuni al genere umano⁵, ma a volte presentano delle caratteristiche diverse, che variano da civiltà a civiltà⁶, da cultura a

¹In particolare le relazioni economiche tra Oriente ed Occidente, già sviluppate in tempi antichi, sono state alquanto ridotte nel periodo dell'Alto Medioevo (tra il 476 D.C. ed il 1000), per riprendere in tempi successivi. Sulle relazioni economiche e commerciali di quel periodo si cfr. M. ORLANDI, *Il commercio internazionale e la sua regolamentazione: una storia dei Trattati economici e commerciali*, Padova 2016, p. 19 e ss.

²Secondo S.P. HUNTINGTON, *Lo scontro di civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano 1997, p. 14: «l'identità culturale è per la gran parte degli uomini il valore primario».

³In effetti, come ricorda C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, n. 4, p. 1029, in partic. a p. 1039, riprendendo uno storico scritto del Savigny «il diritto è strettamente connesso alla cultura del singolo popolo».

⁴In proposito A. POLLIS, *Cultural Relativism Revisited: Through a State Prism*, in *Human Rights Quarterly*, 1996, vol. 18, n. 2, p. 316, in partic. a p. 317, sottolinea che: «*increasing awareness has emerged [...] among scholars as to the prevalence of significant cultural variations in notion of rights*».

⁵Come evidenziato da G. BOSCO, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano 1987, p. 3, «la concezione universalistica del diritto e [...] la conseguenza ineluttabile della pluralità degli ordinamenti giuridici, [...] richiede [...] il riferimento ad un ordinamento di carattere generale che si ponga come superordinato rispetto a tutti gli altri ordinamenti particolari». Tale autore lo identifica nello *jus gentium*.

⁶Secondo S.P. HUNTINGTON, *op. cit.*, p. 25, «il mondo post-Guerra fredda è un mondo composto da sette-otto grandi civiltà». In tale contesto L. GANNAGÉ, *Le droit international privé de la famille entre les exigences des droits de l'homme et le respect des identités culturelles (l'exemple du*

cultura⁷, ma che comunque, in linea di principio, meritano di essere accettati e valorizzati⁸. In effetti si condivide l'impostazione di Norberto Bobbio secondo la quale, nonostante le pretese egemoniche degli Stati occidentali, solamente un nucleo particolarmente ristretto di diritti dell'uomo hanno valenza realmente universale⁹, essendo essi normalmente «il prodotto non della natura ma della civiltà, in quanto diritti storici sono mutevoli, cioè suscettibili di trasformazione ed allargamento»¹⁰, così come sono soggette a trasformazione le culture e le tradizioni che li esprimono¹¹.

Con la fine della guerra fredda, se sono sopite le differenze ideologiche che contraddistinguevano i blocchi contrapposti, hanno però riacquisito rilevanza proprio le differenze di ordine sociale etnico e religioso tra le diverse popolazioni. Correlativamente ha preso corpo l'esigenza di affermare e di difendere le diverse identità di cui i singoli individui sono espressione¹², le loro formazioni sociali, nonché i sistemi giuridici che ne caratterizzano il funzionamento¹³. Queste differenze vengono sintetizzate da ampia parte della dottrina nel concetto di «relativismo culturale»¹⁴, la cui accettazione e la cui valorizzazione assume al

droit français, in P. PIRONE (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino 2011, p. 52, in partic. a p. 56, sottolinea che deve essere riconosciuta una pari dignità a tutti i sistemi culturali e, correlativamente, ai sistemi giuridici ad essa sottesi. Resta il fatto che l'esigenza di tutelare identità culturali diverse e che entrano in conflitto con quelle che il sistema giuridico di riferimento considera diritti fondamentali, pone dei problemi delicati.

⁷ Si cfr. F. FRANCONI, *Introduction. Human Rights and Cultural Pluralism: What Role for International Law?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, n. 2, p. 307.

⁸ In effetti, come sottolineato da S. ABOU, *Cultures et droits de l'homme*, Parigi 1992, pp. 34-35, l'impostazione del relativismo culturale deve essere comunque maneggiata con attenzione. In effetti portata ai suoi estremi potrebbe finire con il giustificare il cannibalismo, la lapidazione dell'adultera, il ripudio della donna sterile, ed altre attività che in alcuni Stati formano parte delle tradizioni e del patrimonio giuridico, mentre in altre sono normalmente considerate inammissibili.

⁹ In particolare secondo N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1997, p. 18, sarebbero quelli enunciati nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (approvata il 10 dicembre 1948, dall'A.G. delle N.U., con la Risoluzione n. 217, III) la quale «rappresenta la manifestazione dell'unica prova con cui un sistema di valori può essere umanamente fondato e quindi riconosciuto: e questa prova è il consenso generale circa la sua validità».

¹⁰ Così N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 26.

¹¹ Come evidenziato da Y. DONDEERS, *Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed!*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, n. 3, p. 523, in partic. a p. 547: «cultures are dynamic and that protection of cultural identity does not require that these identities are fixed and static».

¹² Si cfr. S.P. HUNTINGTON, *op. cit.*, 86.

¹³ Come sottolineato da A. POLLIS, *op. cit.*, p. 320: «unquestionably, cultural diversity in the conceptualization and practice of human rights persists. These differences are being defended with increasing force, particularly by the East Asian Countries».

¹⁴ Parte della dottrina, in particolare C. LÉVI STRAUSS, *Le regard éloigné*, Parigi 1983, pp. 15-16, contesta la stessa impostazione che considera i diritti dell'uomo universali, contrapponendovi, non senza fondamento, la teoria del «relativismo culturale», in base alla quale ogni cultura produ-

giorno d'oggi rilevanza crescente. Non è un caso che, nel contesto dell'Unione europea, i cui cittadini sono peraltro accumulati da tradizioni, storie e religioni simili – ma non uguali –, dove vige una comune concezione dei diritti fondamentali, si è comunque avvertita l'esigenza di iscrivere nel Trattato sull'Unione europea proprio l'impegno a rispettare e preservare le diverse identità nazionali¹⁵ e che il motto della stessa Unione sia «Unita nella diversità»¹⁶.

Nel contesto del diritto di famiglia, l'accettazione di queste differenze ha iniziato a prendere corpo con la diffusione della prassi di disciplinare lo *status* delle persone in applicazione della loro legge nazionale. Tale prassi è stata formalizzata, agli inizi del 1900, in alcune Convenzioni europee¹⁷ seguendo l'impostazione teorizzata da Pasquale Stanislao Mancini¹⁸ e da Pasquale Fiore¹⁹, in con-

ce i propri diritti dell'uomo. Inutile evidenziare come, secondo il richiamato autore, deve essere riconosciuta una pari dignità a tutti i sistemi culturali e, correlativamente, ai sistemi giuridici ad essa sottesi.

¹⁵ In particolare l'art. 4, par. 2 del Trattato sull'Unione Europea («Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea», firmato a Lisbona (Portogallo), il 13 dicembre 2007, in *GUUE* del 17 dicembre 2007, n. C 306, p. 1 (ed in versione consolidata in *GUUE* del 26 ottobre 2012, n. C 326, p. 1) ratificato dall'Italia con L. 2 agosto 2008, n. 130, «Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007», in *GU* 8 agosto 2008, n. 185, S.O.), e di seguito richiamato come TUE, dispone che: «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali [...]».

¹⁶ Peraltro è da sottolineare che, nel sistema europeo, mirato a sottolineare la rilevanza dei propri valori (l'art. 3 del TUE dispone che «l'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli») sancendone una sorta di primato sui valori altrui, l'esigenza di tutelare le identità e i valori di altre popolazioni assume una rilevanza residuale.

¹⁷ Si cfr., ad es., le Convenzioni promosse dalla terza Conferenza de L'Aja di diritto internazionale privato firmate a: L'Aja il 12 giugno 1902, «*Pour régler les conflits de lois en matière de mariage*» (ratificata dall'Italia con L. 7 settembre 1905, n. 523, «Con la quale si dà piena ed intera esecuzione alle Convenzioni riguardanti i conflitti di Leggi in materia di matrimonio, di divorzio e di tutela di minorenni tra l'Italia e vari Stati d'Europa», in *GU* del 9 novembre 1905, n. 261, in MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI, *Trattati e Convenzioni tra il Regno d'Italia e gli altri Stati*, vol. XVII, Roma 1907, p. 575), art. 1; L'Aja del 12 giugno 1902, «*Pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparations de corps*» (ratificata dall'Italia con L. 7 settembre 1905, n. 523, cit., in MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI, *Trattati ...*, cit., p. 581), art. 1; L'Aja il 12 giugno 1902, «*Pour régler la tutelle des mineurs*» (ratificata dall'Italia con L. 7 settembre 1905, n. 523, cit., in MINISTERO DEGLI AFFARI ESTERI, *Trattati ...*, cit., p. 584), cit., art. 1.

¹⁸ Si cfr. P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo*, Torino 1851, p. 60, in partic. a p. 62. Si cfr. anche A. DYER, *The Internationalization of Family Law*, in *University of California, Davis Law Review*, 1996-1997, vol. 30, p. 625, in partic. a p. 626.

¹⁹ In particolare P. FIORE, *Droit international privé, ou Principes pour résoudre les conflits entre les législations diverses en matière de droit civil et commercial*, Parigi 1875, pp. 85-86, il quale affermava che: «les qualités distinctives et immanentes sont la conséquence de la race, des usages, des

trapposizione all'impostazione allora dominante sostenuta da Louis Froland²⁰, Louis Boullenois²¹, Jean Jacques Gaspard Foelix²² e altri – enunciata a livello internazionale ancora nel «Codice di Bustamante» del 1928²³ e nel «*Tratado de derecho civil internacional*» del 1940²⁴ – in base ai quali anche lo *status* degli stranieri doveva essere determinato in relazione alla legge dello Stato territoriale.

La prassi di assumere a riferimento la normativa dello Stato di cittadinanza del singolo individuo, più rispettosa della sua identità nazionale e culturale²⁵, si è quindi sviluppata ed è divenuta di attualità crescente mano a mano che è venuto ad aumentare il numero di persone che venivano a stabilirsi in altri Stati – formando anche delle comunità strutturate²⁶ –, situazione che imponeva un più razionale confronto tra popolazioni e civiltà basate su una storia e su tradizioni diverse. Il confronto a sua volta richiedeva e richiede il sistematico riconoscimento di atti giuridici, in particolare di quelli di matrimonio, che erano stati conclusi o

traditions, du lieu d'origine et de tout, l'ensemble des éléments qui constituent le caractère et le génie civil de chaque peuple et de chaque Nation. Nous ne pouvons admettre que ces qualités doivent être notablement modifiées par le séjour [sic] temporaire dans un lieu dans lequel on aura établi le centre principal de ses affaires».

²⁰ Secondo M.L. FROLAND, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts; diverses questions mixtes de droit et de coutume; et la plus part des arrests [sic] qui les ont décidées*, Parigi 1779, p. 158: «*l'état & la condition de la Personne – devant necessairement être régis par une Loi fixe, nos Peres ont jugé qu'il étoit [sic] plus naturel & plus convenable de les soumettre à la loi de son domicile [...]. Et en effet il auroit [sic] été bien difficile de se proposer une autre règle».*

²¹ In particolare L. BOULLENOIS, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts, par formes d'observations*, Tomo 2, Parigi 1776, p. 3, sosteneva che: «*car l'état de la personne & sa condition étant régis par les loix [sic] du lieu qu'elle a choisi pour domicile, il est nécessaire que le domicile changeant, la condition de la personne change».*

²² In particolare J.J.G. FOELIX, *Traité du droit international privé, ou Du conflit des lois des différentes Nations en matière de droit privé*. Quatrième édition, revue et augmentée par C. DEMANGEAT, Tomo 1, Parigi 1866, pp. 19-20, afferma che: «*chaque Nation possède et exerce seule et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans toute l'étendue de son territoire. De ce principe il suit que les lois de chaque État affectent, obligent et régissent de plein droit tous les propriétés immobilières et mobile qui se trouvent dans son territoire, comme aussi toutes les personnes qui habitent ce territoire, qu'elles y soient nées ou non».*

²³ Si cfr. la «*Convention of private international law*», nota come «Codice di Bustamante», firmato a L'Avana il 20 febbraio 1928, in *League of Nations Treaty Series*, vol. 86, p. 111, ed in *OAS Treaty series*, n. 23.

²⁴ «*Tratado de derecho civil internacional*», firmato il 10 marzo 1940, a Montevideo (il cui testo può essere letto in <https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/tratado-de-montevideo-de-1940.pdf>), art. 1.

²⁵ Si cfr. J. LONG, *Islam e diritto della famiglia e minorile: spazi e limiti di dialogo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, n. 1, p. 111, in partic. a p. 112.

²⁶ Si cfr. F. PASTORE, *Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, p. 73, in partic. a p. 77.

celebrati all'estero²⁷. Tale approccio, certamente rispettoso delle identità personali, se indubbiamente presenta degli aspetti positivi, come vedremo successivamente, non è peraltro sempre il più idoneo a garantire una effettiva tutela dei minori stabilmente residenti all'estero, i quali devono poter trovare tempestiva protezione da parte delle istituzioni locali, chiamate ad applicare un diritto che conoscono bene²⁸.

Le diversità culturali e sociali tra le persone ed i loro *status*, nonostante i significativi fenomeni di globalizzazione cui stiamo assistendo, non sono necessariamente destinate ad attenuarsi visto che sono il frutto di impostazioni che continuano ad essere largamente diversificate e alle quali va riconosciuta pari dignità²⁹.

In effetti alcune società, in particolare quella islamica – dei cui istituti giuridici questo studio tratterà diffusamente – tendono a registrare una costante riaffermazione dei tradizionali valori etici, religiosi e giuridici su cui sono fondate, elemento che è rafforzato dal fatto che l'intero sistema sociale è basato su di una religione che è stata rilevata ed è destinata ad essere immutabile nel tempo³⁰. Per contro altri sistemi – come quelli occidentali³¹ – si prestano invece a leggere i diritti fondamentali e gli stessi istituti giuridici su cui poggia la loro società, in una chiave più evolutiva, evoluzione che è consentita e facilitata dal fatto che, da diversi secoli, ed in particolare dalla Pace di Vestfalia (1648)³², ordinamento statale e ordinamento religioso si sono formalmente e sostanzialmente separati. Questo anche se l'etica e la morale che sostengono gli istituti giuridici contemporanei mantengono una relazione precisa – ma non un vincolo assoluto – con la religione. In effetti gli Stati occidentali, da lungo tempo laici e formalmente

²⁷ Si cfr. A. DYER, *The Internationalization ...*, cit., p. 627.

²⁸ Si cfr. il cap. n. IV.6.

²⁹ La «*Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*», adottata a Parigi il 20 ottobre 2005 dalla Conferenza generale dell'UNESCO, in *UNTS*, vol. 2440, p. 346 (ratificata dall'Italia con L. 19 febbraio 2007, n. 19, «Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla protezione e la promozione delle diversità delle espressioni culturali, fatta a Parigi il 20 ottobre 2005», in *GU* del 5 marzo 2007, n. 53, sup. ord. 57/L), art. 1, sottolinea che: «*the protection and the promotion of the diversity of cultural expressions presuppose the recognition of equal dignity of and respect for all cultures, including the cultures of persons belonging to minorities and indigenous people*».

³⁰ Si cfr. il cap. n. II.2.

³¹ Il riferimento ai Paesi occidentali è qui inteso come agli Stati di tradizione giudaico-cristiana, quindi agli Stati europei ed americani (inclusi in larga parte quelli del Sud-America), all'Australia e alla Nuova Zelanda.

³² Come è ben noto la pace di Vestfalia fu il prodotto del «*Peace Treaty Between the Holy Roman Emperor and the King of France and their Respective Allies*», negoziato in sedi separate e firmato il 24 ottobre 1648 a Munster in Vestfalia e il 6 agosto 1648 a Osnabrück (il cui testo può essere letto in http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp).

svincolati dai precetti religiosi, pur mantenendo fermi alcuni tradizionali principi, sono continuamente alla ricerca di nuove soluzioni e di nuovi punti di equilibrio tra tradizione ed innovazione.

Nel mondo contemporaneo culture, religioni e sistemi giuridici diversi possono coesistere. Prova ne è che, in alcuni Stati unitari, quali ad es. l'India ed il Pakistan, dove convivono religioni profondamente diverse, le stesse regole giuridiche (ed in particolare quelle relative al diritto di famiglia) possono variare in maniera consistente a seconda del fatto che i singoli individui appartengano alle comunità hindu, musulmane, cristiane, parsi, sikh, o buddiste³³. Anche nel sistema occidentale, normalmente più uniforme e consolidato, in ragione della crescente diffusione dei momenti d'incontro tra persone che provengono da culture e religioni diverse, si è rafforzato l'atteggiamento di accettazione dello straniero, atteggiamento che dovrebbe caratterizzare ciascuna popolazione e ciascuna civiltà. Questa accettazione dovrebbe essere estesa, nella misura del possibile, anche ai loro istituti giuridici.

In effetti, quando persone provenienti da Paesi con una determinata tradizione culturale vengono ad installarsi in Stati con tradizioni diverse, portano inevitabilmente con loro abitudini e regole derivanti anche da quell'appartenenza culturale e religiosa³⁴, che per secoli ne ha governato e ne governa la vita. Nel diritto di famiglia, più che in altri settori, si riscontrano numerose di queste differenze di ordine sostanziale.

Gli istituti giuridici stranieri che governano il funzionamento del diritto di famiglia, a volte sono del tutto simili a quelli dello Stato territoriale, a volte sono solamente formulati in maniera diversa ma sono sostanzialmente simili ad essi, a volte ancora risultano essere strutturalmente inconciliabili gli uni con gli altri. In tali circostanze l'accettazione delle diversità altrui trova e deve trovare un limite invalicabile nell'esigenza di proteggere i valori di riferimento della società dello Stato territoriale e nell'esigenza di garantire i diritti fondamentali dell'uomo come qui sono riconosciuti. Nel nostro sistema tali limiti, sul piano giuridico, sono normalmente identificati (con formula poco felice ma ormai entrata nell'uso comune) come i c.d. principi di ordine pubblico internazionale italiano³⁵.

³³ Si cfr. C. CAMPIGLIO, *Identità culturale ...*, cit., p. 1040.

³⁴ Così P. DIAGO DIAGO, *La kafala islámica en España*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n. 1, p. 140, in partic. a p. 141.

³⁵ In effetti la formula sembrerebbe riferita ad un ambito giuridico diverso, quello riguardante i rapporti tra Stati, mentre invece riguarda i principi fondamentali di una sola comunità nazionale ed il richiamo al loro carattere "internazionale" è normalmente usato (impropriamente) come un rafforzativo, il quale viene poi "corretto" con la precisazione "italiano" (il che è, in fondo, un ossimoro). Nell'ambito di applicazione del diritto internazionale privato contesta apertamente il riferimento al concetto di ordine pubblico *internazionale* A. SINAGRA, *Matrimonio omosessuale validamente celebrato all'estero e ordine pubblico italiano*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006, n. 2, p. 622, in partic. a p. 628 e ss. Torneremo sull'argomento nel cap. n. VI.3.

Ad esempio il diritto di ciascun minore ad avere una famiglia (diritto universalmente riconosciuto), quando la famiglia biologica incontra delle difficoltà di ordine temporaneo, nei Paesi occidentali, come in quelli orientali, è tutelato principalmente attraverso forme di affidamento etero-familiare simili³⁶. Quando invece il minore risulta definitivamente privo del proprio ambiente familiare lo stesso diritto nei Paesi islamici (cui nel corso di questo studio – in maniera in realtà piuttosto impropria – si farà riferimento anche come ai Paesi orientali³⁷) continua ad essere garantito sostanzialmente allo stesso modo, mentre in quelli occidentali viene protetto attraverso l'istituto dell'adozione. Se nel primo caso il diritto del minore ad una famiglia è riconosciuto nel diritto islamico sotto forme solo esteriormente diverse, nel secondo, l'istituto occidentale dell'adozione entra invece in sostanziale conflitto con il Corano, con la *Sharī'a*, con il «*Covenant on the Rights of the Child in Islām*»³⁸ (quindi con dei principi di diritto internazionale privato islamico), che lo vietano. Nel sistema islamico, viene infatti considerato costituire un diritto fondamentale ed irrinunciabile di ciascuna persona, quello di mantenere la propria identità anagrafica e non si vuole, nella maniera più assoluta, che siano confusi i genitori biologici con coloro che invece si prendono cura di un bambino.

Analogamente, in diversi Paesi islamici è possibile per un uomo contrarre matrimonio con più donne ma, nei Paesi occidentali, ciò collide con il principio, considerato fondamentale ed irrinunciabile, della parità tra uomo e donna, così come il ripudio islamico non è equiparabile al divorzio e sostanzialmente non riconosciuto in occidente.

L'aumento delle relazioni interpersonali che negli ultimi decenni ha coinvolto popolazioni provenienti da Paesi diversi, con distinte tradizioni sociali e culturali, e con religioni non omogenee³⁹, unito al diffondersi di un approccio mul-

³⁶ Si cfr. in proposito il cap. n. II.5.

³⁷ In effetti, è ben noto che una pluralità di Stati orientali non sono riconducibili alla civiltà islamica (la Cina dove vige il confucianesimo, l'India dove l'induismo rappresenta al contempo una religione ed un sistema sociale, altri Stati asiatici come la Birmania, la Cambogia, il Laos, lo Sri Lanka e la Thailandia, dove il buddismo rappresenta la religione e la civiltà di riferimento).

Resta il fatto che suddividere il Mondo in due, il nostro ed il loro (ma non tra la nostra civiltà e l'altrui barbarie), rappresenta una semplificazione dialettica che agevola il discorso. D'altronde, come evidenzia P. HUNTINGTON, *op. cit.*, p. 30, anche «i musulmani [...] hanno tradizionalmente diviso [il mondo] in *Dar al Islām* e *Dar al-Harb*, la dimora della pace e la dimora della guerra».

³⁸ In effetti, il «*Covenant on the Rights of the Child in Islām*», del giugno 2005, adottato dalla 32° Conferenza islamica tenutasi nel giugno 2005 a San'a (il cui testo può essere letto in <https://www.refworld.org/pdfid/44eaf0e4a.pdf>), art. 7, par. 1, stabilisce che: «*the child of unknown descent or who is legally assimilated to this status shall have the right to guardianship and care but without adoption*».

³⁹ Come evidenziato da P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, n. 1, p. 165, il sistema ordinamentale contemporaneo «è sempre più multiculturale e multireligioso [ed è] alla ricerca di un diritto flessibile che realisticamente prenda atto che le decisioni non possono che ispirarsi ragionevolmente al rispetto delle libertà riconosciute e al conseguente principio di differenziazione».

ticulturale e ad un'accresciuta attenzione nei confronti delle minoranze, impone di guardare con particolare attenzione agli istituti giuridici che esprimono tali diversi valori e visioni dei diritti fondamentali. In questo contesto si tratta di definire un equilibrio che esprima l'apertura e il rispetto del nostro sistema giuridico verso quelli altrui, ma al contempo sia capace di tutelare i valori fondanti della società occidentale ed impedisca l'ingresso, nei nostri ordinamenti giuridici, di scelte non condivise, non divisibili, ed in contrasto con i valori fondamentali in cui gli Stati e le popolazioni europee si riconoscono da secoli⁴⁰.

In effetti, a seguito dei nuovi fenomeni d'immigrazione, largamente accettati dai governi di ogni Paese, lo Stato contemporaneo «è sempre più multiculturale e multireligioso [...] ed è] alla ricerca di un diritto flessibile che realisticamente prenda atto che le decisioni in materia di diritto di famiglia non possono che ispirarsi al rispetto delle libertà riconosciute e al conseguente principio di differenziazione»⁴¹. Il diritto internazionale privato, ma soprattutto i giudici che sono incaricati d'applicarlo, sono quindi chiamati ad affrontare sfide sempre nuove, regolando un numero crescente di fattispecie con elementi di estraneità rispetto al sistema giuridico di riferimento, applicando Leggi ed istituti giuridici stranieri, e riconoscendo provvedimenti giurisdizionali emessi all'estero, inclusi quelli concernenti la protezione dei minori.

Come segnalato, le differenze di ordine culturale e giuridico tra sistemi occidentali ed orientali (la cui islamizzazione degli ordinamenti giuridici si è riaffermata con forza negli ultimi decenni⁴²) si avvertono soprattutto in materia di diritto di famiglia, sia perché le implicazioni sulla vita delle persone sono particolarmente sensibili, sia perché è il ruolo stesso di una delle sue componenti essenziali (la donna), ad essere considerato in maniera consistentemente diversa nei due sistemi, sia perché gli istituti giuridici vigenti in questa branca del diritto

⁴⁰ Come evidenziato dalla Corte eur. dir. uomo nella sentenza del 31 luglio 2001, casi nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* (il cui testo può essere letto in <http://www.echr.coe.int>), par. 72, e confermato dalla stessa Corte (*Grand Chamber*) con sentenza del 13 febbraio 2003, casi nn. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2003-II, p. 267, par. 123: «*the Court considers that sharia, which faithfully reflects the dogmas and divine rules laid down by religion, is stable and invariable. Principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in it. The Court notes that, when read together, the offending statements, which contain explicit references to the introduction of sharia, are difficult to reconcile with the fundamental principles of democracy, as conceived in the Convention taken as a whole. It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts*».

⁴¹ Così P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, ...*, cit., p. 165.

⁴² In effetti come osservato da S.P. HUNTINGTON, *op. cit.*, p. 164-165, a seguito della "rinascita islamica" iniziata negli anni '70 ed '80 del secolo scorso, a partire dagli inizi degli anni '90, numerosi «governi dei Paesi musulmani hanno iniziato ad "islamizzare" il proprio ordinamento giuridico».

sono particolarmente diversi e dunque pongono particolari problemi di “interfacciamento” e di lettura.

La *kafāla*⁴³ (la cui traslitterazione non è peraltro univoca essendo a volte usata la grafia *kafalah*⁴⁴ o anche *kefala*⁴⁵) di diritto islamico (concetto questo

⁴³ La grafia usata in questa sede è *kafāla* (con il segno diacritico *macron* normalmente usato per sottolineare le vocali lunghe), la stessa che è stata usata (senza peraltro il *macron*) nell’ambito della Convenzione n. 34 elaborata dalla Conferenza di Diritto Internazionale Privato de L’Aja, firmata il 19 ottobre 1996 a L’Aja, «Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all’Aja il 19 ottobre 1996», in *UNTS*, vol. 2204, p. 95, ratificata dall’Italia con L. 18 giugno 2015, n. 101, «Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all’Aja il 19 ottobre 1996», in *GU* del 9 luglio 2015, n. 157, art. 3 let. e), e art. 33. Come emerge dal *Explanatory report*, di tale Convenzione (redatto da P. LAGARDE, in *Proceedings of the Eighteenth Session (1996) of the Hague Conference on Private International Law*, tomo II, *Protection of Children*, p. 538), in partic. a p. 546, nota 21: «*The Moroccan delegation pointed out that the transcription of the Arabic term should be spelled without a final h*». Tale grafia è stata usata anche nella «*Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagé surtout sus l’angle des pratiques en matière d’adoption et de placement familial sur les plans national et international*», elaborata dal Centro dei diritti umani ed adottata dall’A.G. delle N.U. il 3 dicembre 1986 con Risoluzione n. 41/85, punto 6 del preambolo.

La stessa grafia è stata infine usata anche dalla Corte di giustizia UE nella sentenza 26 marzo 2019, in causa C-129/18, S.M., ECLI:EU:C:2019:248, in *Racc. digitale* (con note di: E. CECCHERINI, *La tutela del minore straniero e la nozione di legami familiari: il riconoscimento della kafala*, in *DPCE online*, 2019, n. 2, p. 1743; F. MONÉGER, nota a CJUE, 26 mars 2019, aff. C-129/18, SM, in *Journal du droit international*, 2019, p. 1224; I.L. NOCERA, *Al minore tutelato dalla “kafala” islamica può essere concesso il diritto di ingresso e di soggiorno*, in *Diritto & Giustizia*, n. 57, 2019, p. 3; M. ORLANDI, *La libera circolazione delle persone nell’Unione europea e la kafala di diritto islamico*, in *Il diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, n. 2, p. 575; G. PASCALE, *Ricongiungimento familiare, diritti fondamentali e kafala islamica nella sentenza M.S. della Corte di giustizia*, in *Studi sull’integrazione europea*, n. 3, 2019, p. 795; C. PERARO, *L’istituto della Kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino Europeo: la sentenza della Corte di giustizia nel caso S.M. C. Entry Clearance Officer*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 319), e dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nelle sentenze 4 ottobre 2012, n. 43631/09, *Harroudj c. France* (il cui testo può essere letto in <http://www.echr.coe.int>, con note di: S. BOLLÉE, *La conformité à la Convention européenne des droits de l’homme de l’interdiction d’adopter un enfant recueilli en kafala*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2013, vol. 24, n. 95, p. 717; A. DI PASCALE, *La kafalah al vaglio della Corte europea dei diritti dell’uomo: tra tutela dell’interesse del minore e preoccupazioni di ordine pubblico*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2012, n. 4, p. 113; E. FALLETTI, *L’istituto della kafalah non è equiparabile a quello dell’adozione, pertanto lo Stato aderente che non registri come adottato un minore affidato con kafalah non viola l’art. 8 CEDU*, in *Famiglia e diritto*, 2013, n. 6, p. 597) e 16 dicembre 2014, caso n. 52265/10, *Chbihi Loudoudi c. Belgique* (il cui testo può essere letto in <http://www.echr.coe.int>).

⁴⁴ Nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989, «*On the Rights of the Child*» (di seguito richiamata con il titolo in italiano di Convenzione «Sui diritti del fanciullo»), adottata dall’A.G. delle N.U. con Risoluzione del 20 novembre 1989, n. 44/25, in *UNTS*, vol. 1577, p. 3, ratificata dall’Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176, «Ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989», in *GU SO* dell’11 giugno 1991, n. 135, art. 20, par. 3 (riportato in una successiva nota del cap. n. II.4.), viene usata quella di *kafalah*.

⁴⁵ Il termine *kefala* è in particolare utilizzato nella normativa tunisina.

da intendersi in maniera piuttosto elastica⁴⁶), argomento al cui approfondimento questo studio è dedicato, è in particolare uno degli istituti giuridici shariatici⁴⁷ e di diritto tipicamente islamico⁴⁸, il cui riconoscimento ha creato, un poco in tutti i Paesi occidentali, dal Canada alla Francia, dalla Spagna all'Italia, difficoltà particolarmente acute. Lo ha fatto in quanto risulta basato su dei principî giuridici strutturalmente diversi (quindi in linea di principio né migliori né peggiori, ma semplicemente diversi), da quelli che vengono qui utilizzati per tutelare i minori (ma senza offrire molte delle garanzie procedurali

⁴⁶In effetti, come è ben noto, il diritto islamico non si presenta come un monolite, come un unico complesso di regole che trova identica applicazione in tutti gli Stati islamici, ma come un sistema di fatto diversificato da Scuola coranica a Scuola coranica, da Nazione a Nazione, anche se presenta delle origini comuni e degli evidenti punti di contatto.

⁴⁷Come evidenziato da C.I. CORDERO ÁLVAREZ, *Adopción en Europa y efectos de la kafala en el marco del convenio europeo de derechos humanos*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2012, t. 12, p. 455, in partic. a p. 456: «*lo que no varía de un sistema a otro [di disciplina della kafala] es su fundamento y su sujeción a la Ley Sharia*». Si cfr. anche: S. ARFAT, M. MIR, *Socio-Legal Review of the Protection of Orphans in the State of Jammu and Kashmir*, in *Journal of Islamic State Practices in International Law*, 2013, vol. 9, n. 1, p. 147, in partic. a p. 167; P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 142; S. ISHAQUE, *Interpreting Child's Right to an Identity in Context of Islamic Principles on Adoption*, in *Pakistan Law Review*, 2007, n. 3, p. 53, in partic. a p. 79.

⁴⁸Da notare che secondo A. CILARDO, *Il minore nel diritto islamico. Il nuovo istituto della kafala*, in A. CILARDO (a cura di), *La tutela dei minori nella cultura islamica, nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Napoli 2011, p. 219, in partic. a p. 236, l'istituto della *kafala* avrebbe delle origini recenti per cui: «l'attuale istituto della *kafala* non è un istituto di diritto islamico». Tale impostazione è persino ripresa da C. cass., sez. I civ., 2 febbraio 2015, n. 1843, *E.A.H.*, in *Diritto & Giustizia*, n. 4, 2015, p. 22 (con note di: E. FALLETTI, *La kafalah negoziale non è confliggente con il superiore interesse del minore, tuttavia necessita del controllo di una autorità pubblica*, in *Famiglia e diritto*, 2015, p. 415; M. DI MASI, *La Cassazione apre alla "kafalah" negoziale per garantire in concreto il "best interest of the child"*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, vol. 31, I, 7-8, p. 707; I.L. NOCERA, *Kafalah, minore extracomunitario affidato ad un cittadino italiano all'estero: sì al ricongiungimento in Italia*) dove viene affermato che: «la *kafalah* è un istituto [...], che non può essere correttamente ritenuto di diritto islamico». Sul fatto che la *kafala* costituisca invece un istituto di diritto islamico si cfr.: U.M. ASSIM, J. SLOT-NIELSEN, *Islamic Kafalah as an Alternative Care Option for Children Deprived of a Family Environment*, in *African Human Rights Law Journal*, 2014, vol. 14, n. 2, p. 322, in partic. a p. 324; C.I. CORDERO ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 456; P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 142.

In realtà, come vedremo diffusamente nel corso di questo lavoro (in particolare nel cap. n. II.2.), l'istituto è decisamente antico e connesso al diritto islamico. Sebbene il Corano non ne dia una precisa definizione, come vedremo successivamente, la dottrina islamica lo fa risalire direttamente al Corano (Sūra III, versetto 37 e Sūra XX, versetto 40), riportate in una nota successiva del cap. n. II.1.). Successivamente è stato codificato, anche se in tempi relativamente recenti, nel diritto civile di diversi Stati islamici i quali ispirano il proprio sistema giuridico all'*Islām*.

previste in occidente), sia in quanto l'istituto islamico prevede una sua variante, quella di tipo negoziale, chiamata anche consensuale o notarile⁴⁹, che contiene degli elementi che possono suscitare (ma non necessariamente suscitano) un vero e proprio allarme⁵⁰.

⁴⁹Nonostante le espressioni di *kafāla* negoziale, consensuale o notarile siano sostanzialmente equivalenti, nel contesto di questo lavoro si utilizzerà in maniera prevalente l'espressione *kafāla negoziale* in quanto essa sembra meglio mettere in luce la natura giuridica dell'istituto che è quella di un negozio giuridico tra privati. Vi è da aggiungere che la prima sensazione che si riceve sentendo parlare di *kafāla* consensuale o notarile è che essa sia stata disposta da altri (ed in particolare da un'autorità pubblica) ed i genitori vi abbiano acconsentito. In realtà invece, come vedremo successivamente, questa tipologia di *kafāla* è stata *negoziata* proprio dai genitori con i *kafil* (gli affidatari) e successivamente registrata dal notaio e solo eventualmente viene omologata dal giudice notarile.

⁵⁰Si cfr., in proposito, i capp. nn.: II.7. e ss.; II.9. e ss.

Capitolo II

La *kafāla* nel diritto islamico ed il diritto del minore ad una famiglia

SOMMARIO: 1. Il significato di *kafāla*. – 2. Le origini del diritto islamico e le sue fonti. – 3. Le origini storiche e religiose del divieto di adottare minori. – 4. La *kafāla* quale sistema alternativo, ma non equivalente, all'adozione. – 5. Le caratteristiche giuridiche dell'istituto della *kafāla*. – 6. I problemi comuni alla *kafāla* e alle adozioni. – 7. La specificità della *kafāla* negoziale (o consensuale), tra atto di disposizione del minore in giovanissima età e misura di tutela dello stesso. – 8. La differente condizione del *makfūl* nella *kafāla* giudiziaria ed in quella negoziale. – 9. La valutazione dell'interesse degli adulti e quello del minore. – 10. (Segue) L'interesse dei genitori. – 11. (Segue) L'interesse dei *kafil*. – 12. (Segue) L'interesse del minore. – 13. I contatti tra gli adulti e l'esperienza maturata nel settore delle adozioni internazionali. – 14. Le differenze di ordine procedurale e il diverso livello di tutela dei minori nelle due forme di *kafāla*. – 15. Il rischio della tratta dei minori. – 16. La differente valutazione degli interessi dello Stato. – 17. La *kafāla* negoziale dei minori "grandicelli". – 18. I problemi non risolti dal sistema della *kafāla*.

1. Il significato di *kafāla*

Prima di approfondire qualsiasi discorso sugli effetti, che nel mondo occidentale produce la *kafāla* di diritto islamico, sembra essenziale chiarire in cosa essa consista e, soprattutto, in quale contesto si sia sviluppata.

Iniziando dal profilo etimologico della parola, è da evidenziare che il termine *kafāla*, secondo parte della dottrina, è riconducibile al verbo *ka-fala* che, indicherebbe l'azione di «prendersi cura di»¹, anche se la radice della parola significa propriamente «nutrire»², e quindi *kafāla* significherebbe «sostegno all'ali-

¹ In particolare J. BARGACH, *Orphans of Islām. Family, Abandonment, and Secret Adoption in Morocco*, New York, 2002, in partic. a p. 29, evidenzia che la parola *kafāla* ha il significato di: «*to take care of (from the root of the verb of ka-fa-la)*», anche se può anche avere il significato di garantire. Si cfr. anche E. BARRAUD, *Kafāla et migrations. L'adoption entre la France et le Maghreb*, Sarrebruck 2010, p. 162.

² Si cfr. L. MIAZZI, A. VANZAN, *Kafala e protezione del minore in Italia*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 2, p. 75, in partic. a p. 78.

mentazione»³, ma definizioni corrette sembrerebbero anche essere quelle che la identificano come un «dono di cure»⁴, o anche come l'attività di «crescere e curare un fanciullo»⁵. Altra parte della dottrina mette in risalto il fatto che il termine ha origine in un contesto economico e commerciale, dove significa fideiussione⁶ e che il termine *kafāla* è definito dal diritto islamico delle obbligazioni come lo strumento che «consente ad una persona di essere parte di un contratto che le impone certi obblighi in favore di un'altra persona, considerando che quella persona ha un interesse morale o materiale in quegli impegni»⁷.

Le due impostazioni sono dunque abbastanza diversificate, anche se non sono strutturalmente inconciliabili e, in questo contesto, gli studiosi di diritto islamico più accreditati pongono l'accento sul fatto che il termine *kafāla*, anche nel significato coranico⁸, sia più riconducibile ai concetti di tutela e di protezione di un altro individuo che di garanzia e cauzione in senso economico⁹.

³ Secondo S. ISHAQUE, *Islamic Principles on Adoption: Examining the Impact of Illegitimacy and the Inheritance Related Concerns in Context of Child's Right to an Identity*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2008, vol. 22, n. 3, p. 393, in partic. a p. 401, *kafāla* significa: «in its literal meaning "sponsorship to feed" or a system of guardianship».

⁴ Così J. BARGACH, *op. cit.*, p. 29 e 104.

⁵ Secondo M. AAHRAA, N.M. MALEK, *The Concept of Custody in Islamic Law*, in *Arab Law Quarterly*, 1998, vol. 13, n. 2, p. 155, in partic. a p. 156: «Kafalah [...] means bringing up and looking after a child».

⁶ Si cfr.: E. BARRAUD, *Kafāla et migrations ...*, cit., p. 162; L. MIAZZI, A. VANZAN, *op. cit.*, p. 78; D. SCOLART, *Legal Protection of Orphans in Islamic Law: Kafala as a Tertium Genus Between Natural Family and Adoption*, in G.M. PICCINELLI, A. BORRONI (a cura di), *The Kafala and the Protection of Minors. Reflections After the Second Italian-Moroccan Colloquium on Comparative Law*, Roma 2018, p. 39, in partic. a p. 43.

⁷ Traduzione da U.M. ASSIM, J. SLOT-NIELSEN, *op. cit.*, p. 329.

⁸ Ad esempio tale significato emerge dal Corano, Sūra III, versetto 37, nella traduzione a cura di I. ZILIO-GRANDI, edita a cura di A. VENTURA, *Il Corano*, con commenti di A. VENTURA, M. YAHIA, I. ZILIO-GRANDI, M. ALI AMIR-MOEZZI, Milano 2010, p. 32, nella quale si parla di Maria, la madre di Gesù, e si fa riferimento al fatto che «il Signore la accolse di accoglienza buona e la fece germogliare di buon germoglio. Zaccaria la prese sotto la propria tutela [*kafāla*]. Ogni volta che Zaccaria entrava da lei nel tempio, vi trovava del cibo e le diceva: "Maria, da dove ti viene questo cibo?". Analogamente nella Sūra III, versetto 44 (qui riportato ancora nella traduzione a cura di I. ZILIO-GRANDI, cit., p. 188), viene rivelato che: «questa è una notizia del mistero che Noi ti riveliamo, perché tu non eri con loro quando tiravano a sorte con le canne per sapere chi si sarebbe preso cura di Maria, non eri con loro quando discutevano di questo».

Ancora nella Sūra XX, versetti 39-40 (qui riportato sempre nella traduzione a cura di I. ZILIO-GRANDI, cit., p. 33), viene utilizzata la parola *kafāla* quando viene rivelato che: «"mettilo nella cassa e metti la cassa sulle onde affinché le onde lo portino a riva e lo raccolga un nemico Mio, nemico suo". Gettai su di te dell'amore che viene da Me perché tu fossi allevato sotto i Miei occhi. Ricorda quando tua sorella andò dalla figlia di Faraone e disse: "posso indicarvi qualcuno che ne avrà cura?"».

⁹ In particolare S.A. RAHMAN, *Guarantees in Early Islamic Financial System*, in *Arab Law Quarterly*, 2015, vol. 29, n. 3, p. 274, in partic. a p. 279, evidenzia che: «most mufassiran (Muslim

Si tratta comunque di un istituto posto a tutela dell'infanzia ed in particolare dei minori in condizione d'abbandono (più o meno definitivo)¹⁰, e dunque appare non corretta (e nemmeno ragionevole) la definizione che ne propone Lina Panella secondo cui si tratta di un istituto che si applica ad un minore «in precarie condizioni economiche»¹¹. In effetti il problema centrale non è che la famiglia è in precarie situazioni economiche (e tantomeno lo è il minore)¹², se così fosse, i problemi del fanciullo sarebbero infatti risolvibili con un assegno familiare, od altra forma di sostegno statale alla famiglia, mentre, come vedremo, le difficoltà che incontra il fanciullo che necessita di una *kafāla* sono di tipo strutturale (si tratta sostanzialmente di bambini orfani o che vengono abbandonati in ragione del fatto che, essendo nati fuori dal matrimonio, rappresentano il frutto del peccato¹³) e proprio perché i suoi problemi esorbitano da un piano strettamente economico, ne richiedono lo stabile affidamento ad altra famiglia. Alternativamente (nei più circoscritti casi di *kafāla* negoziale) l'affidamento può avvenire o per facilitare l'espatrio del minore¹⁴, o per trarre un profitto diretto dal-

exegetes or scholars of tafsir suggest that, although these words are more applicable to the notion of guardianship rather than strictly referring to the meaning of guarantee as security in commercial transactions, their general connotations still bear the meaning of accountability, namely to take responsibility for another individual». Lo stesso autore, p. 279, evidenzia tuttavia che: «elsewhere in the Qur'an the word signifies the notion of guarantee as security».

¹⁰ In particolare, come vedremo meglio successivamente (si cfr. i capp. nn. II.5. e II.15.), mentre la *kafāla* giudiziaria è destinata ad affrontare la situazione di minori che sono definitivamente in condizione d'abbandono, quella negoziale, convenzionale o consensuale può essere disposta per affrontare condizioni di temporanea difficoltà della famiglia, ma generalmente viene disposta per liberarsi di un minore di cui non si è in grado, o non si vuole, prendersi cura o per eludere le normative degli altri Stati in materia d'immigrazione. Si cfr. in proposito i capp. nn.: II.3.; II.5.; II.15.; II.17.; VI.1. e ss.

¹¹ Così L. PANELLA, *Il riconoscimento della kafalah islamica nella giurisprudenza delle corti sovranazionali europee e nella giurisprudenza italiana*, in AA.VV., *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Napoli 2019, p. 573, in partic. a p. 574. Tale fuorviante definizione si attaglierebbe bene ad un assegno familiare in favore di una famiglia indigente non alla *kafāla* la quale è tutta un'altra cosa. In effetti, come evidenziato da G. MAGNO, *Ingresso in Italia del minorenne straniero affidato in kafalah a coniugi italiani: una questione da chiarire*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2014, n. 1, p. 99, in partic. a p. 104: «la kafalah è disposta – [...] e di fatto lo è nella maggior parte dei casi – per salvare un minorenne dalla condizione di abbandono». Analogamente L. BRUNET, *La réception en droit français des institutions familiales de droit musulman: vertus et faiblesses d'un compromis*, in *Droits et cultures*, 2010, vol. 59, n. 1, p. 231, in partic. a p. 243, sottolinea che: «la kafala est une mesure de protection infantile principalement destinée aux enfants musulmans d'origine inconnue et abandonnés – pour l'essentiel, des enfants illégitimes qui n'ont pas fait l'objet d'une reconnaissance de paternité ou de maternité dans le cadre du mariage →».

¹² Da notare che, come verrà evidenziato più avanti in questa sez. del cap. I, vi sono numerosi versetti del Corano tesi a proteggere il patrimonio del minore orfano.

¹³ Si cfr. il cap. n. II.3.

¹⁴ Si cfr. il cap. n. VI.6.

la sua cessione, avendo in questo caso consapevolezza che il minore sarà costretto a lavorare o sfruttato in altro modo, ma comunque non perché il minore è «in precarie condizioni economiche».

Nel corso di questo lavoro, evidentemente, l'accezione assunta a riferimento è quella secondo cui la *kafāla* è sinonimo di tutela e di protezione, anche perché nell'accezione di fideiussione, la *kafāla* è stata ampiamente utilizzata nei Paesi della Penisola araba per legittimare un istituto di diritto islamico totalmente diverso, chiamato sempre nella stessa maniera, ma che ha una finalità del tutto diversa dalla tutela dei minori, ed in particolare ha rappresentato e rappresenta un deplorabile strumento di asservimento e di sfruttamento dei lavoratori migranti¹⁵, istituto che è stato fermamente condannato dalle istituzioni europee¹⁶.

In conformità dunque con l'accezione etimologica qui accolta, la quale risulta intimamente legata ai valori sociali e religiosi della società islamica¹⁷, la *kafāla* costituisce essenzialmente uno strumento di protezione e di tutela, che è esplicitamente riferito ai minori ed in particolare a quelli tra loro che siano orfani o comunque risultino privi di una famiglia capace di crescerli in maniera adeguata. In un sistema che, come vedremo¹⁸, per motivi storici e religiosi è strutturalmente ostile all'adozione, costituisce il principale strumento di tutela dei minori abbandonati¹⁹. Secondo la dottrina islamista moderna, la *kafāla* è esplicitamente tesa a

¹⁵ Sul quale si cfr.: M.M. AKZHRANI, *The System of Kafala and the Rights of Migrant Workers in GCC Countries – With Specific Reference to Saudi Arabia*, in *European Journal of Law Reform*, 2016, vol. 16, n. 2, p. 377; F. DI PIETRO, *Il sistema della "kafalah" e il caso delle lavoratrici domestiche*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, n. 4, p. 8; A. PANDE, "The Paper that You Have in Your Hand is My Freedom": *Migrant Domestic Work and the Sponsorship (Kafala) System in Lebanon*, in *International Migration Review*, 2013, vol. 47, n. 2, p. 414.

¹⁶ In effetti, nella risposta data il 26 marzo 2014 dall'Alta Rappresentante/Vicepresidente Catherine Ashton a nome della Commissione all'interrogazione parlamentare n. E-000977-14, «Condizione dei lavoratori immigrati nei Paesi del Consiglio di cooperazione del Golfo», presentata il 30 gennaio 2014 dall'on. Oreste Rossi, viene chiarito che: «l'UE ritiene che il sistema della *kafala* sia insostenibile e continuerà a promuovere la sua abolizione nella sua forma attuale, anche per consentire ai lavoratori di cambiare datore di lavoro e ritornare nei loro Paesi di origine». Analogamente nella risposta data il 7 ottobre 2015 dalla Vicepresidente Mogherini a nome della Commissione alle interrogazioni scritte E-009244/15, «Qatar: per i mondiali 2,5 milioni di operai schiavi» (presentata il 5 giugno 2015 dall'on. Gianluca Buonanno), E-009175/15, «Qatar: per i mondiali 2,5 milioni di operai schiavi» (presentata il 4 giugno 2015 dall'on. Gianluca Buonanno), ha ritenuto che: «il cosiddetto sistema della "*kafala*" (patrocinio) [così come adottato in Qatar] sia insostenibile e [l'Unione europea] continuerà a lottare per la sua abolizione nella sua forma attuale».

¹⁷ Si cfr. anche P. DIAGO DIAGO, *op. cit.*, p. 142.

¹⁸ Si cfr. il successivo cap. n. II.3.

¹⁹ Secondo J. BENARFA, *Kafala and Society. The Interest of the Child and the Issues Associated with its Practical Application*, in G. M. PICCINELLI, A. BORRONI, *op. cit.*, p. 65, in partic., a p. 68, per tutelare il minore «*the only accepted instrument in Islamic culture is the kafala*».