

I INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha l'obbiettivo di fornire un'analisi dell'istituto della *kafala* di diritto islamico, che ha lo scopo di proteggere i minori, grazie alla comparazione con l'istituto della adozione e di altri istituti che nel nostro ordinamento svolgono la medesima funzione.

La motivazione che mi ha spinto ad approfondire questo tema nasce dalla curiosità che questo argomento ha suscitato in me nel momento in cui, per la prima volta, ne sono venuta a conoscenza durante le lezioni di diritto ecclesiastico; curiosità che si è ulteriormente rafforzata quando ho affrontato lo studio del diritto privato comparato che mi ha spinto ad avvalermi delle conoscenze acquisite durante le lezioni per comparare questo istituto con l'adozione italiana.

Ho trovato l'argomento in questione particolarmente interessante perché oggi, sempre più spesso, ci si trova a confrontarsi con sistemi giuridici che prevedono istituti molto diversi dai nostri, soprattutto alla luce dei consistenti flussi migratori che negli ultimi anni si sono intensificati, in particolare dal Nord Africa, verso il nostro Paese.

Per questo motivo ho voluto esaminare, attraverso un approccio comparatistico, come la *kafala* si rapporta con la giurisprudenza italiana, analizzandone i punti di contatto e di distanza con l'adozione.

“Nel mondo islamico infatti, l'applicazione della *Sharia*¹ condiziona soprattutto il diritto di famiglia, in particolare il matrimonio, il divorzio, il ripudio, la successione e la *kafala*: cercheremo di capire come si comporta l'ordinamento italiano di fronte alle questioni applicative e interpretative che derivano dal confronto con una tradizione giuridica fortemente influenzata dalla religione.”²

La tesi è articolata in quattro capitoli: il primo capitolo fornisce una definizione della *kafala* e delle sue forme, chiarendo il significato del concetto di filiazione nel mondo musulmano e focalizzando l'attenzione sulla situazione del Marocco.

Il secondo capitolo si concentra sullo studio di quella che è la sua controparte nell'ordinamento italiano, cioè l'adozione nelle sue varie

¹ Legge sacra dell'Islam, dedotta dai quattro 'fondamenti del diritto' (uṣūl al-fiqh): il Corano, la sunna o consuetudine del Profeta, il consenso (iǧmā') della comunità musulmana, e il qiyās o deduzione analogica.

² E. FALLETTI, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, n. 31/2016, 2016, www.statoechiese.it

forme e sull'approfondimento degli istituti dell'affido e dell'affiliazione, individuando somiglianze e differenze con la *kafala*.

Il terzo capitolo tratta la questione del riconoscimento della *kafala* nel nostro ordinamento ed i vari strumenti per attribuirle valore giuridico, ponendo attenzione su due sentenze che mi sembrano particolarmente significative in proposito: la sentenza del Tribunale per i Minorenni di Trento, 11 marzo 2002 e la sentenza della Corte d'Appello di Bari, 16 aprile 2004.

Il quarto capitolo, in conclusione, approfondisce il concetto di multiculturalismo come conseguenza della globalizzazione, fornendo una riflessione su come gestire le diversità culturali salvaguardando l'identità dei singoli e dei gruppi, senza tuttavia trascurare quelli che possono essere i rischi del multiculturalismo.

I risultati di questo lavoro di ricerca, per il quale mi sono servita di diverse fonti, come libri, riviste e siti internet, saranno successivamente illustrati nelle conclusioni finali di questa tesi.

Capitolo primo

1. LA KAFALA ISLAMICA

SOMMARIO: 1.1. Introduzione – 1.2. Il concetto di filiazione nel diritto musulmano – 1.3. Definizione di *kafala* – 1.4. Forme di *kafala* – 1.5. Adozione nell'Arabia preislamica e divieto di *al-tabanni* – 1.6. La *kafala* nel regno del Marocco

1.1 INTRODUZIONE

“L’adozione è un fenomeno sociale, legale ed economico complesso che è esistito in una forma o in un’altra nella maggior parte delle società sin dalla storia antica.”³

La religione è un elemento fondamentale della società islamica e gli istituti giuridici a tutela dei minori sono molto diversi da quelli dei Paesi occidentali, di conseguenza possono apparire poco comprensibili alla luce dei nostri ordinamenti.⁴

³ F. KUTTY, *Islam law and adoption*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2457066, p. 1

⁴ M. ORLANDI, *La kafala islamica e la sua riconoscibilità quale adozione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 636

1.2 IL CONCETTO DI FILIAZIONE NEL DIRITTO

MUSULMANO

Prima di procedere all'esame dell'istituto oggetto del presente lavoro, è necessario fare una premessa: nel mondo islamico il concetto di filiazione - intesa come rapporto giuridico che si crea tra genitore e figlio (*nasab*) - è caratterizzato dalla consanguineità e si fonda sull'idea che solo il matrimonio legittimi la relazione genitore-figlio.⁵

La filiazione è collegata quindi al problema della liceità del rapporto sessuale, perché nel diritto musulmano “nessuna relazione giuridica può sorgere tra il padre e il bambino da lui illecitamente generato”. Un'eccezione a questo è rappresentata dal *nasab* materno, che è conseguenza diretta del parto; il legame giuridico con la madre si crea pertanto sia nel caso in cui il figlio sia stato concepito in un rapporto lecito, che nel caso in cui sia frutto di adulterio.⁶

Secondo gli studiosi esperti di giurisprudenza araba, se la “discendenza” è una grazia divina, questa non potrebbe di certo derivare

⁵ G. CAROBENE, *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La Kafala islamica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 14

⁶ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi – Codificazioni e riforme*, Giuffrè, 1990, p. 153

da un peccato: l'uomo non può trarre un profitto da un delitto come l'adulterio⁷.

Se da un lato il Corano punisce l'adulterio, dall'altro i giuristi hanno cercato in molte circostanze di cancellarne il carattere di illiceità, cercando inoltre di scalfire anche l'obbligo di fondare il *nasab* solo sul rapporto sessuale lecito: questo al fine di evitare scandali e tutelare il bambino e i suoi interessi, visto che una origine illegittima rappresenta un marchio di disonore per il bambino.⁸

La giurisprudenza islamica detta alcune regole per stabilire il *nasab*:

- Presunzione di paternità: affinché la relazione tra genitore e figlio possa ritenersi legittimata è necessario che il bambino sia “figlio del letto coniugale” (*walad li-l-firash*):⁹ occorre quindi che il bambino nasca dopo che sia trascorso dal matrimonio un periodo minimo di gestazione, ovvero sei mesi.¹⁰

⁷ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi – Codificazioni e riforme*, Giuffrè, 1990, p. 153

⁸ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *op. cit.*, p. 154 s.

⁹ N. YASSARI, *Adding by Choice: Adoption and Functional Equivalents in Islamic and Middle Eastern Law*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2714359, p. 4

¹⁰ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *op. cit.*, p. 156

Questo si può ricondurre all'intenzione di creare uno Stato ideale, in cui le donne non commettono adulterio, ed evitare così eventuali dispute di paternità.¹¹

- Riconoscimento della paternità: esso avviene quando un uomo dichiara che il bambino è suo figlio, oppure quando tace al momento del parto, o dalle congratulazioni che riceve dalle persone dopo la nascita.¹²

Il riconoscimento della paternità genera tuttavia perplessità: se il bambino nasce da un matrimonio - ed è quindi figlio legittimo - il riconoscimento sarebbe inutile; d'altra parte se è figlio illegittimo il riconoscimento dovrebbe essere impossibile.¹³

La soluzione a questo problema risiede nel fatto che la funzione principale del riconoscimento è quella di stabilire il *nasab* di un bambino nato dal concubinato legale, dal momento che nel mondo musulmano è lecito che il padrone possa unirsi alla propria schiava.¹⁴

- Prova per testimoni: due uomini degni di fede, uno dei quali può anche essere sostituito da due donne, riescono a procurare la

¹¹ N. YASSARI, *op. cit.*, p. 4

¹² R. ALUFFI BECK PECCOZ, *op. cit.*, p. 163 s.

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Ibidem*

prova di fatti a sostegno della presunzione di paternità (per esempio, la data della stipulazione del contratto o del ripudio, o comunque fatti che possano certificare l'avvenuto riconoscimento).¹⁵

Possono anche semplicemente attestare che Tizio, bambino di origine sconosciuta, è figlio di Caio, e la filiazione è stabilita così, senza neppure indicare il rapporto lecito che ne sta alla base.¹⁶

1.3 DEFINIZIONE DI KAFALA

Nonostante il Corano proibisca in modo esplicito di equiparare i figli biologici a quelli adottivi, rientra comunque tra i doveri del buon musulmano quello di occuparsi dei meno fortunati e soprattutto degli orfani: “la *kafala* è quindi lo strumento giuridico attraverso il quale offrire protezione ai minori in stato di bisogno, senza infrangere alcun divieto di diritto divino”¹⁷.

Pertanto, questo istituto è il risultato di un compromesso che risponde all'esigenza di dare tutela ai bambini senza famiglia e alle coppie sterili,

¹⁵ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *op. ult. cit.*, p. 175 s.

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ G. CAROBENE, *op. cit.*, p. 15

senza per questo scontrarsi con le norme e la morale. L'etimologia della parola *kafala* ha due distinti significati nell'arabo classico: <garantire> e <prendersi cura di>. Con il primo significato la parola è stata utilizzata principalmente nell'ambito commerciale, con un'accezione simile a quella di fideiussione¹⁸; ma è il secondo significato - quello di "prendersi cura di", "farsi carico di" - che andremo ad approfondire.¹⁹

La definizione di *kafala* nel *Lisan Al Arab* (il più famoso dizionario arabo) fa riferimento ad un versetto del Corano²⁰: <L'accolse il suo Signore di accoglienza bella, e la fece crescere della migliore crescita. L'affidò a Zaccaria e ogni volta che egli entrava nel santuario trovava cibo presso di lei>.²¹

Questo versetto è stato interpretato in molti modi: secondo un'interpretazione più moderna, Zaccaria è colui che è sottoposto all'azione di Dio, e responsabile di far rispettare l'azione di Maria, nel senso che Dio ha dato Maria a Zaccaria per essere suo garante. Secondo altri Zaccaria sarebbe garante di Maria: questa accezione permette alla

¹⁸ La fideiussione è un contratto con il quale si costituisce la garanzia personale di un terzo a favore del creditore; il fideiussore è colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui.

¹⁹ J. BARGACH, *Orphans of Islam: Family, Abandonment, and Secret Adoption in Morocco*, Rowman & Littlefield, 2002, p. 29

²⁰ G. CAROBENE, *op. cit.*, p. 19

²¹ *Corano, Sura III*, http://www.corano.it/corano_testo/3.htm

persona di considerarsi libera e accettare volontariamente di garantire qualcuno; in questo versetto la *kafala* è intesa con il significato di “prenderci cura”. La *kafala* ha come scopo la tutela, la cura, di un minore abbandonato (*makful*), tramite la nomina di un tutore (*kafil*), che “provvederà alle sue esigenze fino al raggiungimento della maggiore età, e ad accudirlo alla stessa maniera in cui vi provvederebbe un buon padre”; la nomina può avvenire tramite atto notarile o in maniera giudiziale.²²

È comunque necessario che il minore sia dichiarato abbandonato dal Tribunale per i minori. Il *kafil* dovrebbe essere maggiorenne, di religione islamica e dimostrare di essere idoneo ad assumersi le responsabilità che derivano dalla *kafala* in maniera dignitosa. In alcuni Paesi il *makful* deve dare il proprio consenso alla *kafala*.²³

Nonostante ciò non si riconosce nessun legame di filiazione tra *makful* e *kafil*: il *makful* non assume il nome del *kafil*, né diritti *mortis causa*, in quanto le regole sulla successione, contenute nel Corano e poi riprese dalla legislazione islamica, si basano solo sulla consanguineità e sull'alleanza.²⁴

²² G. CAROBENE, *op. cit.*, p. 16 s.

²³ M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 640

²⁴ G. CAROBENE, *op.cit.*, p. 17

La *kafala* è uno strumento provvisorio, perché il *makful* potrà sempre essere posto nuovamente sotto la responsabilità dello Stato; inoltre termina con il raggiungimento della maggiore età (salvo il caso in cui si tratti di una ragazza non sposata, un portatore di handicap, un soggetto incapace), con la morte dei genitori o nel caso di incapacità degli stessi, oppure con l'annullamento da parte del giudice se il Tribunale stabilisce che non vi sia fondamento per la misura.²⁵

1.4 FORME DI KAFALA

Esistono due forme di *kafala*:

- quella giudiziaria, che viene pronunciata dal Tribunale dei minori e riguarda i bambini figli di genitori ignoti;
- quella notarile, che è una sorta di contratto stipulato davanti ad un notaio e riguarda i minori non abbandonati, con genitori conosciuti e con il loro consenso.

La *kafala* nasce a tutela dell'infanzia, anche se il suo ambito applicativo si estende anche ai fanciulli che non sono totalmente abbandonati, o a ragazzi più grandi che spesso vengono affidati dai genitori biologici a

²⁵ *Ibidem*