



## **La *kafala* come presupposto per il ricongiungimento familiare nell'Unione europea**

DI ALESSANDRA LANG<sup>1\*</sup>

Sommario: 1. Introduzione – 2. *Kafala* e immigrazione nella Convenzione dell'Aja del 1996 – 3. L'ingresso e il soggiorno degli stranieri nell'Unione europea – 3.1 Il ricongiungimento familiare dello straniero: la direttiva 2003/86 – 3.2. Il ricongiungimento familiare del cittadino dell'Unione: la direttiva 2004/38 – 4. La prassi degli Stati – 5. Alla ricerca di principi comuni relativi al ricongiungimento familiare del minore affidato con *kafala*.

### **1. Introduzione**

È constatazione pacifica al punto da essere banale che l'immigrazione mette a contatto persone e istituti giuridici di diversa provenienza. Il diritto di famiglia è uno dei settori più interessati coinvolti da questo fenomeno, in cui inoltre la differenza tra le aspettative e la realtà può essere molto grande. Da un lato, il migrante vorrebbe potersi trasferire nello Stato di elezione con le persone con le quali ha instaurato legami secondo le modalità proprie dello Stato di origine e che dunque sono considerati normali dal comune sentire di quella società. Dall'altro, lo Stato di immigrazione esercita il potere di ammettere gli stranieri e i loro familiari, riconducendo i legami tra le persone costituiti all'estero alle categorie conosciute nel suo ordinamento, e che dunque esprimono la normalità, secondo il comune sentire sociale. La mancata coincidenza tra le due “normalità” può essere fonte di sofferenza per la persona e di

---

<sup>\*1</sup> Professore associato di diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici dell'Università degli Studi di Milano – Il presente scritto costituisce una rielaborazione del contributo pubblicato con il titolo *Kafala and Family Reunification of Third-Country Nationals*, in E. BERGAMINI, C. RAGNI, *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Intersentia, 2019.

difficoltà per il diritto. Dal punto di vista dello Stato di immigrazione, in primo luogo è necessario identificare quali legami familiari possono essere presi in considerazione per concedere un'autorizzazione al soggiorno; in secondo luogo, quando la persona si trova nel Paese si pone il problema di tutelare i diritti derivanti dai rapporti familiari e raccorderli agli istituti disciplinati dal diritto nazionale. In questo contesto, un interessante caso studio è costituito dalla *kafala*<sup>2</sup>: si tratta di un istituto di protezione dei minori proprio di alcuni paesi islamici, che, pur non essendo disciplinato dal diritto degli Stati membri dell'Unione, non può dirsi ad essi sconosciuto. Infatti, è compreso nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori<sup>3</sup> (di seguito: Convenzione dell'Aja del 1996), a cui tutti gli Stati membri dell'Unione europea sono vincolati, anche nell'interesse della UE (sul punto si tornerà nel paragrafo conclusivo). Rapportarsi con questo istituto si è rivelato problematico per gli Stati membri, sotto vari profili, come quello dell'immigrazione in senso stretto o quello dei suoi effetti internazionalprivatistici<sup>4</sup>.

In questa sede interessa il primo profilo, ossia quello dell'idoneità della *kafala* ad integrare il presupposto per concedere il ricongiungimento familiare negli Stati membri dell'Unione europea. La risposta non è né facile né scontata, perché dipende dal diritto dell'immigrazione applicabile, che a sua volta dipende dalla nazionalità dello straniero che richiede il ricongiungimento del minore. Come è ben noto, infatti, la frammentazione del diritto applicabile alle condizioni di ingresso e soggiorno degli stranieri è tipica del diritto dell'Unione europea e consegue, da un lato, al particolare *status* di cui godono i cittadini dell'Unione europea, e dall'altro al carattere non esaustivo del diritto dell'immigrazione di fonte comunitaria, che per le ipotesi non espressamente disciplinate deve essere integrato dal diritto degli Stati membri. Il presente contributo è inteso in sostanza a ricostruire quali siano le norme in base alle quali deve essere valutato se un minore affidato in *kafala* possa ottenere un permesso di soggiorno in uno Stato membro dell'Unione. Il regime giuridico è infatti diverso a seconda che l'adulto a cui il minore è affidato sia cittadino di un paese terzo, cittadino di uno Stato membro residente in un altro Stato membro o cittadino dello Stato di residenza. Non solo è diversa la fonte che regola le condizioni di ingresso e soggiorno degli stranieri nello Stato, ma pure la soluzione giuridica, che dunque è collegata alla nazionalità del richiedente e allo Stato membro al quale la domanda di ricongiungimento familiare è presentata. In un panorama così variegato, non stupisce se l'ammissibilità della *kafala* come presupposto del ricongiungimento varia da Stato a Stato e anche all'interno del medesimo Stato, a seconda della cittadinanza del richiedente. Poiché l'istituto è il medesimo, ci si può interrogare sull'esistenza di principi trasversali ai diversi regimi giuridici rilevanti che, al netto delle variabili legate alla cittadinanza

---

<sup>2</sup> Nel presente scritto si utilizzerà la grafia «kafala», quella impiegata dalla Convenzione dell'Aja del 1996 di cui si dirà subito nel testo, e non altre concorrenti, pure diffuse, come *kafalah*, *kafāla* o *kefalah*.

<sup>3</sup> Si v. M.C. BARUFFI, *Sulla tutela internazionalprivatistica dei diritti dei minori stranieri nella Convenzione dell'Aja del 1996*, in C. FRATEA, I. QUADRANTI (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015, p. 151 ss.

<sup>4</sup> Su questo secondo profilo, si v. C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 1029 ss.; S. ARMELLINI, *Qualificazione e istituti del diritto di famiglia sconosciuti*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE, V. TAGLIAFERRI (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e moduli*, vol. IV, *Tematiche di interesse notarile. Profili internazionalprivatistici*, Milano, 2015, p. 743 ss.

del richiedente e a quale Stato ha disposto la *kafala*, potrebbero guidare l'assunzione di decisioni nazionali in merito al ricongiungimento familiare del minore, così da inquadrare in un contesto comune la discrezionalità di Stati che sono comunque unificati dalla loro comune appartenenza all'Unione europea.

## **2. Kafala e immigrazione nella Convenzione dell'Aja del 1996**

La Convenzione del 1996, dunque, menziona la *kafala*, o meglio «the provision of care by kafala» come istituto di protezione dei minori, a fianco di «the placement of the child in a foster family or in institutional care» (art. 3, lett. e), la comprende nel suo ambito di applicazione<sup>5</sup>, ma non la definisce. Tuttavia, nella Relazione esplicativa di Paul Lagarde si legge che la delegazione del Marocco ha fornito una descrizione dell'istituto secondo il suo diritto interno, così sintetizzata: «a child in need of protection may be entrusted either by a decision of the guardianship judge or by an administrative commission to a public or social institution or to a Muslim family which care for the child's person (shelter, maintenance, education) and, if needed, for the property of the child and who, if necessary, would receive delegation of guardianship over the child. The kafala is not an adoption, which would be forbidden by Islamic law, and it produces no effect on parent-child relationship. The child who benefits from it does not become a member of the family of the kafil»<sup>6</sup>. Anche altri Paesi contemplano istituti analoghi<sup>7</sup>, ma solo il Marocco è parte contraente della Convenzione del 1996. L'elemento che caratterizza l'istituto consiste nell'inserimento del minore nella famiglia del *kafil*, senza però attribuirgli lo status di figlio.

La Convenzione impone agli Stati contraenti di riconoscere le misure di protezione dei minori, compresa la *kafala*, adottate dall'autorità competente, cioè quella dello Stato di residenza abituale del minore. Al contempo però, non si occupa delle questioni relative al rilascio del permesso di soggiorno, come si ricava dall'art. 4, lett. j, che esclude dal suo ambito di applicazione le «decisions ... on immigration»<sup>8</sup>. Tuttavia, la Convenzione prevede una specifica procedura per il collocamento del minore all'estero, non seguire la quale è motivo di diniego del riconoscimento<sup>9</sup>. In base all'art. 33, infatti, l'autorità competente che intende disporre il collocamento in *kafala* presso un *kafil* che si trova all'estero, deve mettersi in contatto con l'autorità competente dello Stato dove la decisione dovrà avere effetto, per spiegare i motivi che l'hanno portata a proporre la collocazione del minore in una famiglia all'estero. Se l'autorità dello Stato richiesto approva il collocamento, tenendo conto del superiore interesse del minore, l'autorità richiedente può emanare la decisione costitutiva della *kafala*. In assenza di approvazione, la decisione non può essere adottata o se adottata, può esserne negato il riconoscimento. Come si può leggere nella Relazione Lagarde, la procedura consente «to

---

<sup>5</sup> L'art. 3 della Convenzione elenca le misure intese alla protezione della persona e dei beni del minore, che sono comprese nel suo ambito di applicazione.

<sup>6</sup> Relazione Lagarde, par. 23. *Kafil* è l'adulto al quale il minore è affidato.

<sup>7</sup> In Algeria e Tunisia secondo N. YASSARI, *Adding by Choice: Adoption and Functional Equivalents in Islamic and Middle Eastern Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2015, p. 927; negli Stati islamici, con l'eccezione di Indonesia, Tunisia e Turchia secondo la Corte di Strasburgo, nel caso *Harroudj c. Francia*, deciso con sentenza del 4 ottobre 2012, ricorso n. 43631/09, par. 16.

<sup>8</sup> La relazione Lagarde giustifica l'esclusione, che riguarda solo «the granting ... of a residence permit», dicendo che si tratta di «decisions which derive from the sovereign power of the States» (par. 36).

<sup>9</sup> L'art. 23 della Convenzione contiene una lista di motivi facoltativi di diniego del riconoscimento, tra i quali il non aver rispettato la procedura di cui all'art. 33 è contemplato alla lett. f).

determine in advance the conditions under which the child will stay in the receiving State, in particular in respect to the immigration laws in force in that State»<sup>10</sup>. L'art. 33 è una di quelle disposizioni della Convenzione che devono essere attuate dagli Stati, per la cui applicazione è dunque necessario definire una apposita procedura.

Può accadere – e di fatto accade – che la *kafala* sia disposta dalle autorità dello Stato di residenza abituale del minore a favore di un adulto lì presente, e che in seguito l'adulto voglia trasferirsi all'estero con il minore, magari nello Stato in cui già viveva da tempo. In questo caso, se la Convenzione dell'Aja del 1996 impone alle parti contraenti di riconoscere gli effetti delle decisioni di protezione dei minori adottate da un'altra parte contraente, al contempo nulla dispone circa la concessione di un titolo di ingresso e soggiorno al minore, nel rispetto della tradizionale discrezionalità degli Stati nell'ammissione degli stranieri, né stabilisce requisiti procedurali analoghi a quelli dell'art. 33 menzionati *supra*. Tuttavia, affinché la *kafala* possa dispiegare i suoi effetti nello Stato di destinazione, è necessario che il minore possa trasferirsi dallo Stato dove è stata costituita (di regola lo Stato di origine del minore), a quell'altro Stato. Sarà allora il diritto dello Stato in cui l'adulto vuole trasferirsi o ritornare (perché cittadino di quello Stato o perché già lì residente prima di recarsi nello Stato di residenza abituale del minore per ottenerne l'affidamento in *kafala*), a regolare le condizioni del ricongiungimento.

### **3. L'ingresso e il soggiorno degli stranieri nell'Unione europea**

Disciplinare l'ammissione degli stranieri è materia di competenza concorrente: laddove l'Unione abbia adottato dei propri atti, gli Stati membri non possono più legiferare; ma per gli aspetti non ancora disciplinati dall'Unione, gli Stati conservano il potere legislativo, che dovranno però esercitare nel rispetto degli obiettivi e dei principi sanciti dai Trattati. Questa precisazione ha una importanza pratica nella materia in esame, perché l'ammissione degli stranieri non è regolata in modo esaustivo dall'Unione e anzi, le norme applicabili dipendono dalla nazionalità dello straniero. Ne consegue che il diritto dell'Unione convive con il diritto nazionale e i principi alla luce dei quali valutare la legittimità comunitaria del diritto nazionale dipendono dalla nazionalità dello straniero.

I Trattati istitutivi hanno dunque attribuito all'Unione la competenza a definire le condizioni per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri. La base giuridica è però diversa a seconda della nazionalità o della condizione dello straniero. Si distingue infatti, anche sul piano terminologico, tra libera circolazione delle persone e politica di immigrazione. La libera circolazione delle persone riguarda il diritto di ingresso e soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari (quale ne sia la cittadinanza) in uno Stato dell'Unione di cui non hanno la nazionalità e trova fondamento nell'art. 21 TFUE, che inoltre attribuisce all'Unione il potere di definire le condizioni e i limiti per l'esercizio di tale diritto. Le condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi (che non siano familiari di cittadini dell'Unione) sono invece parte della politica di immigrazione e possono essere definite dall'Unione sulla base dell'art. 79 TFUE<sup>11</sup>. Tale disposizione non attribuisce alcun diritto ai cittadini dei Paesi terzi, perché conferisce soltanto una competenza all'Unione. In materia di immigrazione, l'Unione

---

<sup>10</sup> Relazione Lagarde, p. 143.

<sup>11</sup> Se i cittadini di paesi terzi cercano protezione nell'Unione europea, la base giuridica rilevante è costituita dall'art. 78 TFUE (che però non sarà oggetto di analisi in questa sede).

non ha ancora elaborato una politica comune completa e unitaria, ma ha adottato una serie di atti che stabiliscono le condizioni di ingresso e soggiorno di particolari categorie di cittadini di paesi terzi, oppure il trattamento da accordare a certe categorie di stranieri legalmente residenti<sup>12</sup>.

Il diritto applicabile al ricongiungimento familiare nell'Unione europea non è dunque unitario, ma rispecchia la differenza di basi giuridiche appena descritta, che è collegata alla nazionalità dello *sponsor*, cioè la persona che chiede il ricongiungimento. In particolare, se lo *sponsor* è cittadino dell'Unione, residente in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza, il ricongiungimento familiare sarà regolato dalla direttiva 2004/38. Se lo *sponsor* è cittadino di un Paese terzo, autorizzato a soggiornare in uno Stato membro, il ricongiungimento familiare rientrerà nella direttiva 2003/86. Le due direttive dettano una disciplina diversa. Entrambe attribuiscono un diritto al ricongiungimento familiare ai membri della famiglia nucleare (peraltro definiti in modo parzialmente diverso, come si vedrà a breve in relazione al figlio), mentre lasciano alla discrezionalità degli Stati il ricongiungimento di altre categorie di familiari. Le condizioni cui il ricongiungimento è assoggettato sono inoltre differenti, più favorevoli se lo sponsor è un cittadino dell'Unione (e ulteriormente favorevoli se il cittadino dell'Unione è un lavoratore autonomo o dipendente)<sup>13</sup>, meno favorevoli se lo *sponsor* è cittadino di un Paese terzo<sup>14</sup>.

Inoltre, la disciplina elaborata dall'Unione europea non è esaustiva di tutte le ipotesi di ricongiungimento familiare, sicché le ipotesi residuali saranno regolate dai diritti nazionali. Non armonizzato rimane in particolare il ricongiungimento familiare del cittadino dell'Unione, residente nel proprio Stato di nazionalità<sup>15</sup>.

### 3.1. Il ricongiungimento familiare dello straniero: la direttiva 2003/86

---

<sup>12</sup> Per una analisi della normativa dell'Unione in materia, si v., da ultimo, S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea: controllo delle frontiere, protezione internazionale, immigrazione regolare, rimpatri, relazioni esterne*, Torino, 2019

<sup>13</sup> Nessuna condizione è prevista per il ricongiungimento del lavoratore. Se il cittadino dell'Unione è uno studente oppure è economicamente autosufficiente, deve disporre per sé e i familiari di un'assicurazione malattie e di risorse sufficienti per non costituire un onere per lo Stato ospite: art. 7 della direttiva 2004/38.

<sup>14</sup> Ai sensi dell'art. 7 della direttiva 2003/86, il richiedente deve dimostrare di avere un alloggio considerato normale per la famiglia, un'assicurazione malattia e risorse stabili e regolari per non dover ricorrere all'assistenza dello Stato. In aggiunta, gli Stati possono prevedere ulteriori misure di integrazione che il familiare deve soddisfare prima di ottenere il ricongiungimento.

<sup>15</sup> L'art. 3, par. 3, della direttiva 2003/86/CE, esclude espressamente dal suo campo di applicazione il ricongiungimento dei familiari del cittadino dello Stato interessato. La proposta iniziale della Commissione estendeva la disciplina prevista per i lavoratori dell'Unione (che all'epoca era contenuta nel regolamento 1612/68/CEE) anche all'ipotesi in esame (COM/1999/638). La disposizione, però, è in seguito scomparsa. La Commissione lo giustifica in riferimento al contestuale avvio della riforma della normativa sulla circolazione dei cittadini dell'Unione, e all'opportunità di attendere la conclusione dei lavori, per riesaminare in seguito come realizzare «l'allineamento dei diritti di tutti i cittadini dell'Unione europea al ricongiungimento familiare» (COM/2002/225). Sta di fatto, però, che la direttiva 2004/38/CE si applica al solo cittadino dell'Unione che risiede in uno Stato diverso da quello di origine. Per ragioni di completezza è necessario aggiungere che il diritto dell'Unione europea regola alcune ipotesi, molto specifiche, di ricongiungimento familiare del cittadino dell'Unione nel suo Stato di nazionalità. Il carattere residuale di quelle ipotesi, unito a ragioni di spazio, portano a escluderle dalla presente trattazione. Sul punto, sia consentito rinviare a A. LANG, *Cittadino dell'Unione e straniero, libera circolazione delle persone e immigrazione: una matrice dalle molte combinazioni*, in G. NESI (a cura di), *Migrazione e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza? XXII Convegno, Trento 8-9 giugno 2017*, Napoli, 2018, p. 99 ss.

La direttiva si applica al ricongiungimento familiare dello straniero che sia titolare di un permesso di soggiorno di durata almeno annuale e abbia una fondata prospettiva di ottenere un diritto di soggiornare in modo stabile. Lo scopo è quello di conservare l'unità della famiglia nucleare, indipendentemente dal momento in cui il legame familiare è sorto. Lo Stato può imporre un periodo di attesa prima che lo straniero possa chiedere il ricongiungimento<sup>16</sup>. Secondo l'interpretazione data dalla Corte di giustizia, la direttiva conferisce un diritto al ricongiungimento dei familiari elencati all'art. 4, par. 1<sup>17</sup>. L'art. 4 contempla il figlio minorenne, secondo il diritto dello Stato richiesto, e non coniugato. Se il richiedente è sposato, può trattarsi del figlio comune, oppure del solo richiedente oppure del solo coniuge. Il figlio adottato è compreso nella nozione di figlio. L'adozione deve però essere disposta dall'autorità competente dello Stato ospite oppure se è disposta dall'autorità di un altro Stato, deve trattarsi di decisione che sia «automaticamente applicabile in virtù di obblighi internazionali contratti dallo Stato membro o che deve essere riconosciuta conformemente a degli obblighi internazionali». Non basta che la decisione di adozione sia riconoscibile nello Stato in base alle sue norme di diritto internazionale privato, deve trattarsi di decisione il cui riconoscimento è regolato da accordi internazionali. Il riferimento è ovviamente alla Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993 sulla protezione dei bambini e la cooperazione in materia di adozione internazionale, nonché ai trattati bilaterali che gli Stati abbiano concluso in materia. La Convenzione del 1993, ai sensi del suo art. 2, par. 2, riguarda solo «adoptions which create a permanent parent-child relationship».

Nella relazione che accompagna la proposta di direttiva si legge «l'ingresso di bambini "in affidamento", secondo alcuni usi locali, non è possibile a meno che l'autorità competente dello Stato membro non riconosca che tali usi producano gli stessi effetti di un'adozione»<sup>18</sup>. Dal tenore letterale dell'art. 4, alla luce dell'obiettivo della direttiva stessa, si può ricavare che «figlio» è nozione che si riferisce a chi ha lo *status* di figlio, in ragione di legami biologici o di legami giuridici (adozione) che attribuiscono *ex lege* tale *status*. L'unità familiare sussiste quindi se sussiste lo status, indipendentemente dalla effettiva convivenza<sup>19</sup>. Dunque, la direttiva contempla come presupposto del ricongiungimento il solo *status* di figlio, e non è suscettibile di applicazione analogica a rapporti familiari tra adulti e minori di tipo diverso (per es. il legame zio/nipote o quelli derivanti da forme diverse di affidamento). Neppure utile è rivolgere l'attenzione ai familiari di cui all'art. 4, par. 2 e 3, ai quali gli Stati hanno la facoltà di accordare il ricongiungimento<sup>20</sup>, perché si tratta di ipotesi tipizzate, non interpretabili in termini estensivi.

---

<sup>16</sup> S. PEERS, E. GUILD, D. ACOSTA ARCARAZO, K. GROENENDIJK, V. MORENO-LAX (eds.), *EU immigration and Asylum Law (Text and Commentary), Second revisited edition. Volume 2: EU immigration Law*, Leiden, 2012, p. 247 ss.; K. HAILBRONNER, C. ARÉVALO, T. KLARMANN, *Directive 2003/86*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *Immigration and Asylum Law: A Commentary*, München 2016, p. 300 ss.

<sup>17</sup> Corte giust., 27 giugno 2006, causa C-540/03 *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2006:429, par. 60.

<sup>18</sup> COM/99/638.

<sup>19</sup> Durante i lavori preparatori, i Paesi Bassi avrebbero voluto che si aggiungesse che i figli dovevano avere una relazione effettiva con i loro genitori, affermazione non condivisa dalla Commissione (Working Party on Migration and Expulsion, Outcome of the proceedings, 19-20 February 2001, 6450/01). Ciò nonostante, la direttiva permette agli Stati, nel valutare se concedere il ricongiungimento, di tener conto degli effettivi legami tra figli e genitori, se i figli hanno risieduto a lungo nel paese di origine senza i genitori.

<sup>20</sup> Il par. 2 riguarda i figli maggiorenni e gli ascendenti diretti di primo grado, e il par. 3 il partner e figli del partner.

Dall'analisi della Direttiva 2003/86, alla luce del suo tenore letterale e dei lavori preparatori, si può concludere che l'ingresso e il soggiorno del minore affidato in *kafala* non rientrano nel suo ambito di applicazione.

### **3.2. Il ricongiungimento familiare del cittadino dell'Unione: la direttiva 2004/38**

La direttiva riguarda il ricongiungimento familiare del cittadino dell'Unione, che risiede nello Stato ospite come lavoratore, dipendente o autonomo, studente, o è altrimenti economicamente autosufficiente. Tra i familiari che hanno diritto al ricongiungimento, sono annoverati i discendenti del cittadino dell'Unione o del coniuge. Non si parla di minori, perché l'età del ricongiungendo ha una rilevanza limitata. Infatti, sotto i 21 anni, tutti i discendenti hanno diritto di soggiorno senza altre condizioni; al di sopra di quell'età, devono essere «a carico» del cittadino dell'Unione o del suo coniuge. L'uso del termine «discendente» e non «figlio», è intenzionale. Si vuole così disciplinare anche l'ipotesi di ricongiungimento del nonno con il nipote, non solo del genitore con il figlio<sup>21</sup>. Durante i lavori preparatori in seno al Consiglio, furono sollevate questioni interessanti ai presenti fini, anche se poi non sono state recepite nel testo finale. In particolare, Belgio, Danimarca e Austria chiedevano che per definire i figli fossero usate le stesse parole della direttiva in parallela gestazione sul ricongiungimento familiare dei cittadini dei paesi terzi. La Presidenza del Consiglio, l'Italia e la Commissione rispondevano «that the two proposal referred to different situations and that it would be misguided to attempt a uniform definition to apply to all situations»<sup>22</sup>.

Nella Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio concernente gli *Orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri*<sup>23</sup>, la Commissione scrive che la nozione di discendente comprende i figli adottivi<sup>24</sup> nonché i minori sottoposti a tutela permanente, senza meglio specificare. Inoltre aggiunge «i minori in affidamento e i genitori affidatari che hanno l'affidamento temporaneo possono beneficiare dei diritti previsti dalla direttiva a seconda dell'intensità del legame caso per caso». Per quanto riguarda i figli adottivi, e a differenza di quanto previsto dalla direttiva 2003/86, non è posta alcuna condizione che circoscriva il novero dei beneficiari.

Nel caso in cui la cura del minore sia attribuita con *kafala* ai nonni, il minore è senza dubbio un discendente che beneficia del ricongiungimento. Se il minore è affidato ad altri parenti, per esempio agli zii, potrebbe trovare applicazione l'art. 3 della direttiva, che impone agli Stati di «agevolare» il ricongiungimento di altri familiari, ulteriori rispetto alla famiglia nucleare. Se il minore è affidato a persone che non hanno con lui/lei alcun legame di parentela,

---

<sup>21</sup> «[T]he persons within the scope of Article 2(2)(c) obviously include the children, grandchildren et al of the EU citizen»: E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 44 (enfasi aggiunta). Questa interpretazione è suffragata dai lavori preparatori: in risposta a una specifica domanda, la Commissione afferma che le disposizioni sui discendenti e sugli ascendenti «referred to the whole line of parentage (children/grandchildren/parents/grandparents)»: Working Party on Free Movement of Persons, outcome of the proceedings of 14 and 28 November and 11 December 2001, 15380/01, p. 8.

<sup>22</sup> Working Party on Free Movement of Persons, outcome of the proceedings of 8 February, 11 March, 15 April and 14 June 2002, 10572/02, p. 12.

<sup>23</sup> COM/2009/313, Bruxelles, 2 luglio 2009.

<sup>24</sup> Già durante i lavori preparatori la Commissione aveva precisato che la nozione di discendente comprende «legitimate, adopted and natural children» (15380/01 cit. p. 8).

la Corte di giustizia, nel caso *SM*, ha affermato che il ricongiungimento è possibile in base all'art. 3 della direttiva<sup>25</sup>.

Il caso *SM* aveva proprio ad oggetto l'ammissibilità della *kafala* come presupposto per il ricongiungimento familiare ai sensi della direttiva 2004/38. Il rinvio pregiudiziale era stato presentato da un giudice del Regno Unito che doveva decidere sul fondamento del ricongiungimento familiare di una minore in tenera età, affidata in *kafala* a due coniugi di cittadinanza francese, residenti da lungo tempo nel Regno Unito. I coniugi si erano appositamente recati in Algeria per ricevere l'affidamento della minore e ivi avevano soggiornato per alcuni mesi. In particolare, dopo l'affidamento, avevano vissuto insieme per circa 6 mesi. A quel punto, il marito era tornato nel Regno Unito, mentre la moglie rimaneva con la bambina in Algeria per ulteriori 6 mesi circa, prima di rientrare e chiedere il ricongiungimento familiare. Nella sua risposta, la Corte di giustizia ha elaborato una nozione autonoma di «discendente diretto», di cui all'art. 2 della direttiva 2004/38, fondata sul rapporto di filiazione, che può derivare da un legame biologico o giuridico. Il legame giuridico che attribuisce la qualità di figlio, e quindi di discendente, è però solo l'adozione. Ha quindi scartato espressamente l'interpretazione di «discendente» suggerita dalla Commissione nei citati *Orientamenti*. La Corte non si dilunga a giustificare la sua interpretazione, ma si limita ad affermare che la nozione «rinviata di solito all'esistenza di un legame di filiazione», senza suffragare tale affermazione con ulteriori elementi tratti dal diritto dell'Unione o dai diritti nazionali. Ugualmente apodittica appare la successiva affermazione, secondo la quale un minore affidato in *kafala* rientra nella nozione di «altro familiare» di cui all'art. 3 della direttiva, riferendosi al considerando 6 che individua lo scopo della direttiva nel «preservare l'unità della famiglia nel senso più ampio». La Corte non ricorre alla tecnica dell'interpretazione conforme ai principi fondamentali, con la quale avrebbe potuto leggere la disposizione alla luce del diritto all'unità familiare. A parere di chi scrive, le nozioni di «discendente» e di «altro familiare» avrebbero potuto essere interpretate alla luce degli art. 7 della Carta e 8 della CEDU, valorizzando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che come si dirà *infra*, ritiene che, nell'ambito della *kafala*, tra minore e adulti possa sorgere una vita familiare protetta dall'art. 8. Tale tecnica sarebbe stata tanto più opportuna in quanto la tutela della vita familiare come protetta dall'art. 8 CEDU è alla base della direttiva 2004/38<sup>26</sup>.

Nella sentenza relativa al caso *SM*, i diritti fondamentali servono alla Corte non già, come detto, per interpretare la nozione di «discendente», ma per chiarire la portata dell'obbligo che grava sugli Stati in relazione alle domande di ricongiungimento degli «altri familiari». L'art. 3 della direttiva, infatti, prevede che lo Stato debba «agevolare» il ricongiungimento degli «altri

---

<sup>25</sup> Corte giust., 26 marzo 2019, causa C-129/18, *SM*, ELI:EU:C:2019:248. Sulla pronuncia, si v., P. HAMMJE, *Reconnaissance d'une kafala au titre d'une vie familiale effective avec un citoyen européen aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé*, in *Revue critique de droit international privé*, 2019, p. 768 ss.; 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 ss.

<sup>26</sup> Nella causa *O., S., e L.*, decisa con sentenza del 6 dicembre 2012, cause riunite C-356/11 e C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, la Corte di giustizia rifiuta di accogliere l'argomento di Italia e Germania secondo cui un diritto di residenza derivato può sorgere solo in presenza di un legame di sangue tra le parti. G. DAVIS, *The Right to Stay at Home: A Basis for Expanding European Family Rights*, in D. KOCHENOV (ed.), *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge, 2017, p. 484, ne desume che "the law is concerned to preserve relationship and rights, not genre pools".



familiari». Nel caso *Rahman*, la Corte, interpretando in modo letterale la disposizione, aveva affermato che gli Stati devono assicurare agli «altri familiari» un trattamento di vantaggio rispetto agli stranieri in generale, ma non hanno l'obbligo di concedere loro l'ingresso e il soggiorno<sup>27</sup>. Al contrario, nel caso *SM* la Corte arriva a configurare un obbligo, seppure condizionato, per lo Stato di concedere il ricongiungimento del minore affidato in *kafala*<sup>28</sup>. A tale conclusione la Corte arriva proprio valorizzando l'interpretazione della norma alla luce dei diritti fondamentali. Infatti, nel valutare la domanda di ricongiungimento, gli Stati devono ispirarsi agli articoli 7 e 24 della Carta: tra minore e adulti può essere sorta una vita familiare da tutelare da ingerenze arbitrarie, anche se il superiore interesse del minore potrebbe portare a rifiutare la domanda di ricongiungimento. Da notare che l'interesse del minore a vivere con gli adulti a cui è affidato non sembra rilevare come elemento per concedere il ricongiungimento: l'interesse del minore è richiamato solo in senso ostativo al ricongiungimento. Questi due poli opposti portano la Corte a individuare gli elementi che l'autorità nazionale deve prendere in considerazione nel valutare la domanda di ricongiungimento familiare: da un lato, gli elementi che depongono per l'esistenza di una vita familiare da proteggere («l'età in cui il minore è stato sottoposto al regime della *kafala* algerina, l'esistenza di una vita in comune che il minore conduce con i suoi tutori a partire dalla sua sottoposizione a tale regime, il grado delle relazioni affettive che si sono instaurate tra il minore e i suoi tutori, nonché il livello di dipendenza del minore nei confronti dei suoi tutori, per il fatto che questi ultimi assumono la potestà genitoriale e l'onere legale e finanziario del minore»: punto 69), dall'altro gli elementi contrari che portano a far prevalere l'interesse superiore del minore («si deve altresì tener conto degli eventuali rischi concreti e individualizzati che il minore interessato sia vittima di un abuso, di sfruttamento o di tratta dei minori» rischi che però non possono essere presunti, ma vanno accertati caso per caso: punto 70). Di conseguenza, dopo un'analisi delle circostanze specifiche del caso concreto condotto dalle autorità nazionali, il ricongiungimento dovrà essere permesso se tra le parti si è formata una vita familiare e se l'interesse superiore del minore non vi osta.

#### 4. La prassi degli Stati

Il diritto dell'Unione europea risponde solo in parte alla domanda relativa alla possibilità di ottenere il ricongiungimento familiare di un minore affidato in *kafala*. Anche laddove il diritto dell'Unione trovi applicazione (cioè nell'ipotesi in cui l'adulto sia un cittadino dell'Unione, residente in uno Stato membro diverso da quello di origine), le autorità nazionali godono di un – seppur limitato – margine di discrezionalità nel decidere caso per caso se accogliere la richiesta di ricongiungimento. È quindi naturale rivolgersi al diritto e alla prassi nazionale per appurare se il ricongiungimento è possibile e in che modo, e per apprezzare se sussistono analogie o differenze tra i diversi Stati membri. Una ricognizione delle legislazioni e prassi nazionali è però estremamente difficile da condurre. A conoscenza di chi scrive, uno studio completo, sistematico e aggiornato sul tema manca. Qualche indizio si può però ricavare

---

<sup>27</sup> Secondo la Corte di giustizia, “tale disposizione impone agli Stati membri un obbligo di concedere un determinato vantaggio, rispetto alle domande di ingresso e di soggiorno di altri cittadini di Stati terzi, alle domande inoltrate da persone che presentano un rapporto di dipendenza particolare nei confronti di un cittadino dell'Unione” (Corte giust., 5 settembre 2012, causa C-83/11, *Rahman*, ECLI:EU:C:2012:519, par. 21).

<sup>28</sup> Come giustamente rileva HAMMJE, *Reconnaissance d'une kafala* cit., l'interpretazione della Corte finisce per annullare le differenze tra il regime applicabile ai “discendenti” e quello applicabile agli altri familiari.

da varie fonti, che studiano la materia oppure dalle quali possono essere tratti elementi indiziari<sup>29</sup>. Qualche parola in più sarà dedicata al caso italiano, sia per la maggiore facilità ad interpretare e reperire le fonti, sia per l'indubbio interesse della giurisprudenza sul punto.

In generale, il caso del minore affidato in *kafala* non è espressamente disciplinato. Ciò nondimeno, almeno in alcuni Stati, al minore può essere concesso un permesso di soggiorno per vivere con i *kafil*. Con l'eccezione del caso italiano, l'ingresso del minore affidato in *kafala* non è inquadrato nel ricongiungimento familiare in senso stretto, in quanto il minore non è equiparato al figlio, ma è considerato nell'ambito del potere discrezionale attribuito alle autorità nazionali che possono così valorizzare l'esistenza di un legame familiare conseguente alla vita in comune e l'interesse superiore del minore a vivere con i *kafil*<sup>30</sup>.

La situazione italiana è senza dubbio peculiare. Nel silenzio del legislatore, la Corte di Cassazione ha ricostruito per via interpretativa un diritto all'ingresso del minore affidato in *kafala*<sup>31</sup>. Tale giurisprudenza si è sviluppata prima che l'Italia ratificasse la Convenzione dell'Aja del 1996<sup>32</sup>.

L'*iter* logico seguito dipende dalla nazionalità del *kafil*. Se lo sponsor è cittadino di un paese terzo, il caso è regolato dal testo unico sull'immigrazione<sup>33</sup>, il quale stabilisce che il ricongiungimento familiare riguarda anche i minori in affidamento, non solo i figli nel significato legale del termine. Se lo sponsor è cittadino italiano, trova applicazione il decreto legislativo 2007 n. 30, che ha dato attuazione alla direttiva 2004/38 e ne ha esteso l'applicazione ai familiari dei cittadini italiani<sup>34</sup>. La Corte di Cassazione esclude che il minore affidato in *kafala* possa essere equiparato al figlio, ma lo considera alla stregua degli altri familiari di cui all'art. 3. Non si sono finora presentati casi in cui il richiedente sia cittadino dell'Unione, ma è ragionevole presumere che l'interpretazione seguita sarebbe la stessa del cittadino italiano. La giurisprudenza non è del tutto soddisfacente e merita un'analisi più approfondita.

Per quanto riguarda l'interpretazione del TU immigrazione, bisogna ricordare che l'art. 29 costituisce attuazione della direttiva 2003/86. L'Italia, infatti, ha modificato la legge sull'immigrazione per incorporarvi le direttive via via adottate dall'Unione in materia, ma ha

---

<sup>29</sup> Le seguenti fonti sono state prese in considerazione: due rapporti dello European Migration Network (<[https://ec.europa.eu/home-affairs/content/about-emn-0\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/content/about-emn-0_en)>), l'uno del 2012 (*Misuse of the right to family reunification: marriage of convenience and false declaration of parenthood*), l'altro del 2016 (*Family Reunification of third country nationals in the EU plus Norway: national practices*); due studi, entrambi del 2017, del Parlamento europeo (Directorate general for internal policies, policy department for citizens' rights and constitutional affairs, legal affairs, *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential* e *Children on the Move: A Private International Law Perspective*). Sono inoltre stati considerati i seguenti saggi: R. DUCA, *Family Reunification: The case of the Muslim Migrant Children in Europe*, in *Athens Journal of Social Sciences*, 2014, p. 111 ss. (che esamina la prassi di Italia, Francia e Regno Unito); id., *Diffusion of Islamic Law in the UK: the case of the 'Special Guardianship'*, in S. FARRAN, J. GALLEN, J. HENDRY, C. RAUTENBACH (eds.), *The Diffusion of Law: the Movement of Laws and Norms*, Abigdon, 2015, p. 47 ss.

<sup>30</sup> Dai documenti citati nella nota precedente si ricava che così accade in Francia, Belgio, Germania, Regno Unito.

<sup>31</sup> Per una ricostruzione della giurisprudenza italiana, si v., da ultimo, C. PERARO, *L'istituto della kafala* cit.

<sup>32</sup> L'Italia ha ratificato la Convenzione del 1996 il 30.9.2015 (comunicato in GURI n. 30 del 6.2.2016). Si v. C. PERARO, *Il riconoscimento degli effetti della kafalah: una questione non ancora risolta*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 541 ss.

<sup>33</sup> Decreto legislativo 25 luglio 1998, o. 286.

<sup>34</sup> L'art. 23 del decreto legislativo 2004/38 recita: «Le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana.» Si tratta di una scelta che l'Italia ha compiuto senza alcun obbligo derivante dall'ordinamento dell'Unione, ma che ha il pregio di evitare discriminazioni alla rovescia, cioè trattamenti del cittadino italiano meno favorevoli di quelli riservati ai cittadini dell'Unione.

spesso conservato il lessico originario. Così, il primo comma dell'art. 29 riproduce l'elenco di familiari che hanno diritto al ricongiungimento con linguaggio simile a quello della direttiva («figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso»), ma al comma 2 specifica che «I minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli», disposizione che non è stata modificata ed era già presente nella versione originaria del decreto legislativo. Secondo la Corte di Cassazione, la *kafala* presenta con l'istituto dell'affidamento disciplinato dal diritto italiano analogie tali da giustificare l'assimilazione del minore al figlio ai sensi dell'art. 29 del TU immigrazione<sup>35</sup>.

Per quanto riguarda l'interpretazione del decreto legislativo 2007 n. 30 (i cui artt. 2 e 3 riproducono pedissequamente gli artt. 2 e 3 della direttiva 2004/38), la Corte di Cassazione<sup>36</sup> non dà il giusto rilievo al fatto che tale provvedimento costituisce attuazione della direttiva 2004/38. Secondo la Corte, il ricongiungimento familiare del cittadino italiano è disciplinato dal solo decreto legislativo 2007 n. 30, interpretato però alla luce di due principi guida: il superiore interesse del minore e la conformità alla Costituzione. La necessità di assicurare la preminenza dell'interesse del minore trova la sua fonte nel diritto internazionale e nella Costituzione stessa. Quanto all'interpretazione conforme alla Costituzione, la Cassazione premette che una interpretazione del decreto legislativo 2007 n. 30 che neghi al cittadino italiano in via assoluta il ricongiungimento del minore sarebbe in contrasto con il principio di eguaglianza, sancito dall'art. 2 Cost., in quanto idonea a determinare una disparità di trattamento in base alla nazionalità tra gli affidatari. Proprio il superiore interesse del minore e la conformità alla Costituzione avevano giustificato l'interpretazione dell'art. 29 del TU sull'immigrazione che ha portato a riconoscere l'idoneità della *kafala* come base per il ricongiungimento dello straniero e che si è ricordata più sopra.

Forte di queste premesse metodologiche, la Cassazione si rivolge agli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 2007 n. 30, per interpretarli in modo da renderne l'applicazione compatibile alla Costituzione e conforme al diritto internazionale. Viene escluso che il minore affidato con *kafala* possa essere considerato «discendente» ex art. 2, perché la nozione, per quanto interpretata estensivamente, «implica un rapporto parentale, fondato sulla realtà biologica o anche solo giuridica dell'adozione legittimante». Al contrario, si afferma che può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 3, relativo agli «altri familiari». L'art. 3 è interpretato nel senso che se sono soddisfatte le condizioni previste (cioè se il minore è a carico o convive nel paese di provenienza con il richiedente o per gravi motivi di salute è necessario che il

---

<sup>35</sup> Sentenza 20 marzo 2008 n. 7472.

<sup>36</sup> In un primo momento, con sentenza 1 marzo 2010, n. 4868, la Corte di Cassazione aveva affermato che il decreto legislativo n. 30 non poteva essere interpretato nel senso di fondare un diritto di ingresso e di soggiorno del minore affidato in *kafala* ad un cittadino italiano, perché la nozione di «discendente» richiede un legame biologico tra genitore e figlio. Pur notando la differenza di trattamento del richiedente, cittadino italiano, rispetto al richiedente, cittadino di paese terzo, la Cassazione ne escludeva la natura discriminatoria, affermando che il cittadino italiano avrebbe potuto ricorrere all'adozione, per costituire con il minore quel legame di filiazione che consentisse il ricongiungimento. Per risolvere l'evidente contrasto giurisprudenziale tra i due orientamenti richiamati, la Sezione VI della Cassazione civile, con ordinanza 24 gennaio 2012, n. 996, ha chiesto alle Sezioni Unite di valutare se il ricongiungimento familiare del minore affidato in *kafala* al cittadino italiano potesse anch'esso essere regolato dall'art. 29 del TU sull'immigrazione, in considerazione del fatto che l'art. 23 del decreto legislativo 2007 n. 30 fa salva l'applicazione delle norme più favorevoli. Le Sezioni Unite si sono pronunciate con sentenza 16 settembre 2013 n. 21108, che costituisce l'orientamento ora seguito e di cui si darà conto nel testo.

richiedente se ne prenda cura), sorge un diritto di ingresso e soggiorno per il minore. Pertanto, il diritto al ricongiungimento sussiste non solo se il minore affidato con *kafala* e i cittadini italiani hanno vissuto insieme nel paese in cui l'affidamento è stato disposto, ma anche nel caso in cui non vi sia stata convivenza, ma il minore sia a carico del cittadino italiano oppure se gravi motivi di salute del minore richiedano che sia assistito personalmente dal cittadino italiano affidatario. Il ragionamento della Corte di Cassazione, svolto solo nel contesto del diritto italiano, anticipa quello della Corte di giustizia e giunge a una soluzione equivalente, quella cioè di configurare un diritto condizionato al ricongiungimento del minore affidato in *kafala*, sulla base però di diverse condizioni.

In un primo momento, la Cassazione aveva ritenuto che l'interesse del minore imponesse di limitare alla sola *kafala* disposta dal giudice la qualificazione di presupposto per il ricongiungimento, ad esclusione di quella negoziale. La Corte sembra considerare la *kafala* giudiziale come istituto in astratto preposto all'interesse del minore e la valutazione condotta dall'autorità che l'ha disposta come idonea ad assicurare che l'affidamento risponda all'interesse di quel particolare minore. Al contrario, nella *kafala* negoziale l'affidamento è conseguenza di un accordo tra privati, che non presuppone una valutazione preventiva da parte dell'autorità circa l'interesse del minore. In seguito, tuttavia, la stessa Corte ha cambiato orientamento e ha affermato che anche la *kafala* negoziale può costituire la base per il ricongiungimento familiare *ex art. 3 del decreto legislativo 2007 n. 30*<sup>37</sup>.

Nell'interpretare il diritto italiano applicabile, la Corte di Cassazione non tiene conto del fatto che si tratta di atti che danno attuazione al diritto dell'Unione. Il TU immigrazione è interpretato in un modo estensivo rispetto alla direttiva, ma pur sempre compatibile ad essa, perché gli Stati sono comunque liberi di regolare le fattispecie non disciplinate. Il decreto legislativo 2007 n. 30 è invece interpretato in modo che mal si concilia con la sua natura, anche se la soluzione cui perviene è analoga a quella della Corte di giustizia. Infatti, la Suprema Corte usa categorie proprie del diritto italiano e ricorre ad altri atti normativi nazionali per chiarire il significato dei termini ivi impiegati. In particolare, nega che il minore affidato con *kafala* possa essere considerato «discendente», perché ritiene che questo termine presuppone il legame di parentela, e afferma che invece può essere considerato «altro familiare» perché il concetto di famiglia come noto al diritto italiano «non richiede necessariamente l'esistenza di legami di tipo parentale».

##### **5. Alla ricerca di principi comuni relativi al ricongiungimento familiare del minore affidato con *kafala***

La disamina condotta nelle pagine precedenti consente di definire alcuni punti fermi. In primo luogo, con la Convenzione dell'Aja del 1996, gli Stati membri dell'Unione hanno assunto l'obbligo di fare in modo che la *kafala* istituita dalle autorità di una parte contraente produca i suoi effetti anche nel loro territorio. Benché la Convenzione non regoli le questioni relative all'immigrazione, se gli Stati membri non prevedessero una procedura specifica per l'esame

---

<sup>37</sup> Cass. Civ. sez. I, sentenze del 18 marzo 2014, n. 6204; e del 2 febbraio 2015, n. 1843. Nel secondo dei due casi citati, emerge dalla lettura della sentenza che il minore era affidato agli zii, all'interno della stessa famiglia in senso allargato. Resta da capire se per la Cassazione questo particolare sia o meno rilevante, ossia se sia disposta a seguire il medesimo orientamento nel caso in cui il minore affidato con *kafala* negoziale sia estraneo alla famiglia dell'affidatario.

della domanda di ingresso e soggiorno o negassero sistematicamente l'ingresso e il soggiorno comprometterebbero l'effetto utile della Convenzione, e svuoterebbero di significato l'impegno assunto nel ratificarla, in violazione del principio generale di buona fede. Inoltre, gli Stati hanno l'obbligo specifico di adottare misure di esecuzione dell'art. 33 della Convenzione, relativo al collocamento del minore all'estero<sup>38</sup>.

Tali obblighi sono assunti sia nei confronti delle altre parti contraenti, sia dell'Unione. L'Unione, pur essendo competente a concludere accordi che possono avere ripercussioni su disposizioni di diritto interno già emanate<sup>39</sup> (nel caso specifico, il regolamento concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale<sup>40</sup>, tra le quali rientrano le misure a protezione dei minori, benché non la *kafala*<sup>41</sup>), non ha potuto concludere questa Convenzione, perché solo gli Stati ne potevano divenire parti<sup>42</sup>. Dal punto di vista dell'Unione, la conclusione della Convenzione del 1996 era auspicabile e gli Stati sono stati autorizzati a ratificarla e a formulare una dichiarazione per coordinare l'ambito di applicazione rispettivo della Convenzione e del regolamento<sup>43</sup>. L'Unione non può pertanto essere considerata formalmente vincolata alla Convenzione, ma gli Stati hanno l'obbligo di rispettarla sia in base al diritto internazionale, sia in base al diritto dell'Unione europea (benché in questo caso solo nei rapporti tra Stati dell'Unione e tra essi e l'Unione)<sup>44</sup>. È vero che la parte della Convenzione relativa alla *kafala* non rientra nella competenza dell'Unione, quanto meno non in base ai motivi per i quali essa sarebbe competente a concludere altre parti della Convenzione. Infatti, poiché la *kafala* non è contemplata dal regolamento 2201/2003, la disciplina prevista dalla Convenzione non ha ripercussioni sul regolamento. Ciò non di meno, è possibile ricavare dai principi generali che organizzano i rapporti tra Unione e Stati membri in relazione agli accordi misti o a quelli che gli Stati

---

<sup>38</sup> La Conferenza dell'Aja ha pubblicato nel 2014 un manuale pratico per guidare gli Stati nel processo di ratifica e esecuzione della Convenzione. In particolare, il manuale elenca le disposizioni della Convenzione che possono richiedere misure di esecuzione per essere applicabili e tra queste menziona l'art. 33.

<sup>39</sup> Sulle diverse ipotesi in cui l'Unione può concludere accordi internazionali, si v., in generale, P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford 2011.

<sup>40</sup> Regolamento (CE) 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) 1347/2000, in GUUE L338 del 23.12.2003, p. 1 ss.

<sup>41</sup> L. CARPANETO, *Recognition of Protection measures affecting Migrant Children*, in F. IPPOLITO, G. BIAGIONI (eds.), *Migrant Children: Challenges for Public and Private International Law*, Napoli, 2016, p. 444, sottolinea che l'ambito materiale della Convenzione e del regolamento sono ampiamente coincidenti, con l'eccezione della *kafala* e delle misure affini.

<sup>42</sup> Si ricorda che la UE, a decorrere dal 3 aprile 2007, è parte della Conferenza dell'Aja, nell'ambito della quale la Convenzione del 1996 è stata elaborata (Decisione del Consiglio 2006/719). La UE può pertanto essere parte contraente delle convenzioni negoziate dopo la sua adesione, ma non di quelle concluse in precedenza.

<sup>43</sup> Decisione del Consiglio 2008/431, che autorizza alcuni Stati membri a ratificare la convenzione dell'Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, ovvero ad aderirvi nell'interesse della Comunità europea e che autorizza alcuni Stati membri a presentare una dichiarazione sull'applicazione delle pertinenti norme interne del diritto comunitario, in GUUE L 151 dell'11.6.2008, p. 36 ss. Cfr. E. PATAUT, *The External Dimension of Private International Family Law*, in M. CREMONA, H.-W. MICKLITZ (eds.), *Private Law in the External Relations of the EU*, Oxford, 2016, p. 109, che intitola il paragrafo con le significative parole "Forcing Ratification" della Convenzione dell'Aja del 1996.

<sup>44</sup> L'obbligo discende dal principio di leale collaborazione: si v. M. CREMONA, *Member States as Trustees of the Community Interest: Participating in International Agreements on behalf of the European Community*, EU Working papers. Law, 2009/17, p. 10.

concludono su autorizzazione dell'Unione, l'esistenza di un interesse in capo all'Unione a che gli Stati adempiano agli obblighi anche per la parte che non rientra nella sua competenza<sup>45</sup>.

In secondo luogo, la Convenzione dell'Aja del 1996 non obbliga gli Stati a concedere un permesso di soggiorno al minore affidato in *kafala*. La questione deve essere risolta in base al diritto dello Stato a cui la domanda di ricongiungimento è presentata. Per gli Stati dell'Unione, la disciplina rilevante in parte deriva dal diritto dell'Unione, in parte dal diritto nazionale. Le differenze tra le normative nazionali (e le soluzioni pratiche che derivano dall'applicazione delle diverse normative nazionali) devono essere tollerate, perché inevitabili. Un coordinamento tra gli Stati, pur non obbligatorio, potrebbe essere utile, affinché l'attuazione degli obblighi assunti con la Convenzione dell'Aja del 1996 sia se non uniforme quanto meno non difforme.

Gli Stati dell'Unione dunque hanno obblighi e preoccupazioni comuni nell'affrontare la questione del ricongiungimento del minore affidato in *kafala*, che potrebbero militare per una certa convergenza nell'affrontarla, se non nel risolverla.

L'uniformità dei parametri di valutazione potrebbe derivare dal comune patrimonio di valori che gli Stati condividono e che è alla base dell'appartenenza all'Unione stessa. Più precisamente, è dall'esigenza di tutelare i diritti fondamentali che si possono attingere principi utili a guidare l'azione degli Stati. Rilevanti appaiono la Convenzione New York sui diritti del fanciullo del 1989 e la CEDU, due strumenti internazionali non solo vincolanti per tutti gli Stati membri, ma anche tenuti in considerazione dalla Corte di giustizia<sup>46</sup>. La Convenzione di New York sancisce il principio fondamentale del superiore interesse del minore come criterio guida di ogni decisione relativa ai minori, e menziona la *kafala* come forma di protezione dell'infanzia (art. 20). Nel General Comment on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration, si legge che «The term “family” must be interpreted in a broad sense to include biological, adoptive or foster parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom»<sup>47</sup>. Il superiore interesse del minore sembrerebbe deporre di norma a favore del ricongiungimento, salvo nell'ipotesi in cui i genitori biologici del minore siano noti, se si indentifica l'interesse del minore con quello di vivere nella famiglia biologica. Quanto alla CEDU, la Corte di Strasburgo, in pronunce<sup>48</sup> citate anche dalla Corte di giustizia nel caso SM già esaminato, ha accettato di esaminare la questione nell'ambito dell'art. 8 CEDU, riconoscendo che il rapporto tra minore e *kafil* può costituire «vita familiare». Particolarmente rilevante, ai presenti fini, è il caso Chbihi Loudoudi, in cui la

---

<sup>45</sup> Si v., in particolare, M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford and Portland, 2018.

<sup>46</sup> Se la rilevanza della CEDU per l'ordinamento dell'Unione è ormai direttamente iscritta nel diritto primario (art. 6 TUE), la Convenzione di New York invece è annoverata dalla Corte di giustizia tra gli strumenti internazionali sui diritti dell'uomo di cui tiene conto nel ricostruire i diritti fondamentali applicabili nell'ordinamento comunitari: si v. la già citata sentenza del 2016, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2006:429, par. 37. Nel caso SM, tuttavia, la Corte non menziona quest'ultima Convenzione.

<sup>47</sup> Committee on the Rights of the Child, *General Comment n. 14 (2013)*, CRC/C/GC/14.

<sup>48</sup> Sentenze 4 ottobre 2012, ricorso n. 43631/09, *Harroudj c. Francia*, e 16 dicembre 2015, ricorso n. 52265/10, *Chbihi Loudoudi e altri c. Belgio*. In entrambi, si trattava di un *kafil* cittadino dello Stato di residenza (Francia e Belgio), a cui le autorità di - rispettivamente - Algeria e Marocco avevano affidato un minore. Il minore viveva insieme al *kafil* nello Stato ospite, dando così evidenza del fatto che almeno in certi casi il ricongiungimento familiare è possibile. In entrambi i casi i ricorrenti lamentavano che le autorità nazionali avessero respinto la richiesta di adottare il minore e di costituire conseguentemente il legame di filiazione. La Corte rigetta i ricorsi, perché la CEDU non garantisce il diritto di adottare.

Corte EDU afferma esplicitamente che anche i legami familiari de facto possono essere protetti dall'art. 8, se le relazioni tra gli interessati sono reali. Al fine di valutare l'effettività della relazione, si deve tenere conto del tempo trascorso insieme, della qualità delle relazioni, del ruolo assunto dagli adulti nei confronti del minore. Nel caso di specie, i kafil e la minore avevano vissuto insieme sin dal momento dell'affidamento, in un modo che non si distingueva da quello di una famiglia nel senso tradizionale del termine. La Corte poi afferma che l'aver mantenuto legami con la famiglia biologica (nel caso molto saltuari e limitati alla madre) non esclude che si siano formati legami familiari tra le parti.

Nei due casi richiamati, la vita familiare tutelata dall'art. 8 CEDU era sorta nello Stato di nazionalità del *kafil*. Nulla però dovrebbe impedire agli Stati di tutelare anche la vita familiare che sia sorta all'estero.

Se i menzionati trattati depongono a favore dell'attribuzione di un titolo di soggiorno al fine di consentire al provvedimento di *kafala* di dispiegare effetti nell'Unione, tutelando la vita familiare e il superiore interesse del minore, non si può negare che le peculiarità dell'istituto potrebbero giustificare una certa cautela degli Stati. Non è tanto la mancata previsione della *kafala* nel diritto degli Stati membri ad essere problematica. È pacifico che il fatto che tale forma di protezione dei minori sia regolata da Convenzioni internazionali vincolanti per gli Stati membri esclude un automatico rigetto. Il problema si pone piuttosto per il rischio di aggiramento delle norme in materia di adozione o di immigrazione. Tali timori sono particolarmente sentiti se il *kafil* è già residente nell'Unione o è cittadino dello Stato in cui chiede il riconoscimento del provvedimento di affidamento. La questione non appare puramente teorica: dalla descrizione dei fatti relativi alla causa SM si comprende che la difficoltà di ottenere l'affidamento di un minore nel Regno Unito era appunto alla base della decisione dei ricorrenti di perseguire la strada della *kafala* in Algeria (si v. il punto 32 della sentenza). Inoltre, il carattere restrittivo della nozione di familiare ammesso al ricongiungimento potrebbe spingere le parti a ricorrere alla *kafala* per costituire artatamente il presupposto del ricongiungimento. Queste preoccupazioni non sembra siano state considerate dalla Corte di giustizia nel caso SM, in cui a escludere il ricongiungimento rilevano solo situazioni specifiche riferite al minore.

In presenza di interessi confliggenti, pare opportuno condurre un esame individuale di ogni singola fattispecie, per ponderare il diritto alla vita familiare con altri interessi pubblici concorrenti e ugualmente meritevoli di tutela. Le autorità nazionali dovrebbero però tenere conto degli obblighi internazionali che gli Stati hanno assunto, in quanto tali e nell'interesse dell'Unione europea. Il test elaborato dalla Corte di giustizia nel caso SM, integrato con ulteriori motivi di attenzione per evitare l'aggiramento della normativa nazionale meritevole di protezione, potrebbe essere seguito quando gli interessati sono cittadini dell'Unione, ma anche quando sono cittadini di paesi terzi, o dello Stato di residenza, e quando lo Stato che ha disposto l'affidamento in *kafala* è parte contraente della Convenzione dell'Aja del 1996 o meno<sup>49</sup>: i problemi sono gli stessi e non sembrano dipendere dalla nazionalità, nonostante il regime giuridico applicabile sia diverso, a causa della peculiare ripartizione di competenze tra Unione e Stati in materia di ricongiungimento familiare.

---

<sup>49</sup> Si ricorda che solo il Marocco è parte contraente della Convenzione, ma la *kafala* potrebbe essere costituita anche altrove.