

LA CONVENZIONE DELL'AJA SULLA PROTEZIONE DEI MINORI

È stato approvato dalla Camera il disegno di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Aja del 1996 sulla responsabilità genitoriale e la protezione dei minori (AC 1589). Il provvedimento passa ora all'esame del Senato.

Per maggiori dettagli si vedano la scheda dell'[iter](#) del provvedimento e i [dossier](#) di approfondimento sul sito della Camera dei deputati.

La Convenzione era stata firmata dall'Italia già nel 2013, e la **ratifica** si rendeva **necessaria**, oltre al fatto di essere un atto dovuto, in particolare **per dare una veste giuridica** all'istituto della c.d. **Kafala** - una sorta di affidamento familiare -, **unica misura di protezione** del minore in stato di abbandono prevista **negli ordinamenti islamici** e sulla quale la **nostra giurisprudenza non è mai stata univoca**¹. Ciò, al fine di **evitare conflitti tra sistemi giuridici** e di **eliminare** finalmente una situazione intollerabile di **discriminazione tra minori**, introducendo quale **principio generale** quello del **riconoscimento** nel nostro ordinamento delle misure di protezione adottate dalle autorità di altri Stati.

Nei Paesi che ispirano la propria legislazione ai precetti coranici non esiste rapporto di filiazione diverso dal legame biologico di discendenza che derivi da una unione lecita. La **legge islamica**, inoltre, **vieta l'adozione**. Per evitare che figli senza genitori restino del tutto sprovvisti di tutela, il diritto islamico prevede quindi lo specifico **istituto della Kafala**, per effetto del quale un adulto musulmano (o una coppia di coniugi) ottiene la custodia del minorenne in stato di abbandono, che non sia stato possibile affidare alle cure di parenti, nell'ambito della famiglia estesa.

La disciplina dell'istituto varia a seconda dei diversi ordinamenti islamici, ma è, tuttavia, possibile individuare i tratti essenziali e comuni di questa particolare forma di affidamento: il rapporto che si instaura tra affidatario (*kafil*) e minore (*makfoul*) **non crea vincoli ulteriori rispetto all'obbligo del primo di provvedere al mantenimento e all'educazione del secondo, fino a quando questi raggiunga la maggiore età**. Tra i due **non si determina alcun rapporto di filiazione** e, quindi, non si producono effetti legittimanti: il bambino non assume il cognome di chi ne ha ottenuto la custodia; non acquista diritti né aspettative successorie nei suoi confronti; non instaura legami giuridici con la famiglia di accoglienza, né interrompe i rapporti con il proprio nucleo familiare di origine. La *Kafala* è in sostanza un **affidamento che si protrae fino alla maggiore età**, e non trova ad oggi espressioni corrispondenti nell'ordinamento giuridico italiano.

¹ Si registrano sia pronunce che negano il riconoscimento della *kafala* nel nostro ordinamento (Cass. n. 19450 del 2011), sia pronunce che ne riconoscono la rilevanza a determinati fini (Cass. 7472 del 2008).

LA CONVENZIONE DELL'AJA DEL 1996

La Convenzione dell'Aja del 1996, che si compone di 63 articoli, mira a introdurre **elementi di maggiore certezza e definizione** nel campo della tutela dei minori rispetto alla precedente Convenzione del 1961, che aveva lasciato margini di **incertezza nella definizione** univoca **dell'autorità competente** a provvedere alla protezione della persona e dei beni del minore nel caso in cui quest'ultimo si trovasse in un Paese diverso dal proprio (mentre è lampante che una chiara definizione dei soggetti a cui la tutela dei minori è in carico è fondamentale per evitare il più possibile violenze e abusi).

Competenza

Il **principio fondamentale** che regge la Convenzione è quello del **best interest** del minore (cfr. ONU, Convenzione sui diritti dell'infanzia, articolo 3 comma 1), che deve sempre prevalere sia rispetto alla sua appartenenza a una data nazionalità, sia rispetto alla rigida applicazione della legislazione nazionale del Paese ospitante.

Ne consegue che viene stabilito con chiarezza dalla Convenzione che **l'autorità competente in materia di tutela è quello dello Stato in cui concretamente si svolge la vita del minore** (c.d. criterio della “residenza”).

Ambito di applicazione

La Convenzione si applica ai minori fino all'età di 18 anni, e rientrano nel campo di sua applicazione l'attribuzione, l'esercizio e la revoca – totale o parziale – della responsabilità genitoriale; il diritto di affidamento; la tutela, la curatela e gli istituti analoghi; la designazione e le funzioni di qualsiasi persona od organismo incaricato di occuparsi del minore o dei suoi beni; il collocamento del minore in famiglia di accoglienza o in istituto anche mediante *Kafala* o istituto analogo; la supervisione da parte delle autorità pubbliche dell'assistenza fornita al minore da qualsiasi persona se ne faccia carico; l'amministrazione, conservazione o disposizione dei beni del minore².

Cooperazione

La Convenzione prevede che ogni Stato contraente designi un'Autorità centrale incaricata di adempiere agli obblighi derivanti dalla Convenzione. Le Autorità centrali devono cooperare fra loro e promuovere la cooperazione fra le autorità competenti del proprio Stato per realizzare gli obiettivi della Convenzione.

LA RATIFICA DELLA CONVENZIONE NEL NOSTRO ORDINAMENTO

Sempre la **ricerca del best interest** del minore, nonché la **natura pattizia** della Convenzione basata sul **reciproco riconoscimento dei soggetti contraenti**, impone ad ogni Stato di “riconoscere” le misure di protezione adottate dalle autorità di uno Stato contraente “come se fossero adottate dalle proprie autorità”, ed in quest'ottica la Convenzione del 1996 prevede il riconoscimento non solo di quelle forme di responsabilità genitoriale codificate negli istituti dell'adozione o dell'affido tipici dei nostri ordinamenti, ma

² Sono esclusi dal campo della Convenzione: l'accertamento e la contestazione della filiazione; la decisione e la revoca sull'adozione e le misure preparatorie; il cognome e nome del minore; l'emancipazione; gli obblighi agli alimenti; le amministrazioni fiduciarie e le successioni; la previdenza sociale; le misure pubbliche generali in materia di istruzione e sanità; le misure adottate in conseguenza della commissione di reati da parte del minore; le decisioni in materia di diritto d'asilo e di immigrazione.

anche di quelle forme di tutela dei minori in stato di difficoltà o di abbandono previsti da altre tradizioni, come la *Kafala* nel caso dei Paesi islamici.

Ciò comporta, in sede di ratifica, la **necessità di trovare figure giuridiche capaci di contenere in sé la tipicità di questo istituto** in modo da conciliare sia il bisogno di tutelare il minore in condizione di *Kafala* alla pari di altri minori - per evitare ingiuste discriminazioni sulla base di motivazioni etniche o religiose - sia l'esigenza di rispettare la cultura e gli ordinamenti dei Paesi di origine (che, avendo esplicitamente vietato l'adozione, si troverebbero costretti a respingere misure di solidarietà nei confronti di minori cui fosse impossibile fornire assistenza nel Paese d'origine laddove tali misure fossero configurabili come "adozioni").

Con questo disegno di legge si è riusciti a farlo, inquadrando la *Kafala* entro le **forme dell'assistenza legale al minore**, intendendo con questa espressione **"l'assistenza giuridica, morale e materiale, nonché la cura affettiva di un minore"**. Si apre così la possibilità di riconoscere all'interno del nostro ordinamento giuridico forme di protezione dei minori che siano debitamente prospettate dalle competenti autorità straniere e accuratamente vagliate dalle autorità italiane.

Da rilevare che di fronte ad una materia tanto "sensibile" le Commissioni Giustizia ed Esteri hanno svolto un'istruttoria particolarmente approfondita, e vi è stata di fondo una **sostanziale condivisione dell'impostazione di base del provvedimento**, che configura gli istituti qualificati come **"affidamento" o "assistenza legale"** di minori (articoli 4 e 5 del disegno di legge) come **forme di affidamento sui generis** che si protraggono fino alla maggiore età. Si è condiviso, segnatamente, il **riferimento** (contenuto nell'articolo 4, comma 7, e nell'articolo 5, comma 11) al rapporto tipicamente scaturente **dall'affidamento familiare** e, di conseguenza, **non sono state accolte le proposte emendative volte, con varie formulazioni, ad estendere l'ambito di tale rapporto fino ad equipararlo sostanzialmente al rapporto di filiazione** (ciò anche al fine di evitare che la produzione di effetti legittimanti potesse determinare uno sviamento rispetto allo scopo dell'istituto della *Kafala*, nonché l'elusione delle norme sull'adozione internazionale). Ne deriva pertanto che gli **obblighi di assistenza e cura "genitoriale"** che scaturiscono dal **rapporto tra adulti e un minore a questi affidato** sono necessariamente **temporanei** e, comunque, **non** comportano conseguenze in termini di **successione o di modificazione dello stato civile del minore**. Nessun aggiramento delle regole valide per l'adozione internazionale è previsto, nè possibile.

Il **cardine** del nostro istituto dell'**adozione**, infatti, è proprio la **definizione di un rapporto giuridico di filiazione tra adottato e genitori adottivi**, con scissione tra la filiazione giuridica e quella biologica e **rescissione di ogni vincolo di parentela con la famiglia di origine dell'adottato**: proprio tali effetti caratterizzanti, tuttavia, sono esclusi nella *Kafala*.

È, infine, da sottolineare anche che, circa il **principio generale del riconoscimento automatico** delle misure di protezione adottate dalle autorità di uno Stato contraente, l'automaticità **non opera nei casi di affidamento tramite *Kafala***, essendo necessario in questo caso un vaglio preliminare da parte dell'autorità competente dello Stato nel quale il minore dovrà essere collocato.