



Roma, 30 ottobre 2014

Gent.mo sig.
On. Sen. Nitto Palma
Presidente della Commissione Giustizia del Senato

Egr. Sig.
On.le Sen. Pier Ferdinando Casini
Presidente della Commissione Affari Esteri, Migrazione del Senato

Audizione sul DDL atto Senato 1552 e sul DDL atto Senato 572 relativi alla Ratifica ed esecuzione 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 a L'Aja il 19 ottobre 1996 nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno.

Gentili Presidenti,

CamMiNo-Camera Nazionale Avvocati per la Famiglia e i Minorenni ringrazia per l'opportunità offerta di poter collaborare con le Commissioni Giustizia e Affari Esteri da Voi presiedute nell'esame dei Disegni di Legge in oggetto.

Preliminarmente rileviamo con soddisfazione che alcuni suggerimenti di Cammino -espressi nell'analoga audizione alla Camera del 7 novembre 2013- sono stati accolti come, ad es., una più articolata definizione dell'istituto dell'assistenza legale, l'iniziativa necessaria del Pubblico Ministero Minorile e la previsione dell'ascolto del minore nel procedimento e art. 4 di cui più diffusamente si dirà. Questi e altri ancora trovano espressione nella nuova formulazione del DDL 1552 di "Ratifica ed esecuzione 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 a L'Aja il 19 ottobre 1996 nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno", in particolare agli artt. 4 e 5.

Nel segnalare l'urgenza della ratifica, da tempo attesa da parte di coloro che si occupano di tutela dei diritti delle persone di età minore, tuttavia non possiamo che ribadire alcune perplessità già espresse nella precedente analoga audizione alla Camera alle quali, *re melius perpensa*, se ne sono aggiunte di nuove.

- 1 - **L'INTRODUZIONE NEL NOSTRO ORDINAMENTO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ISLAMICO DELLA KAFALAH**

1.A Condivisione di metodo e impostazione.

Cammino condivide il metodo, soprattutto per quanto concerne il recepimento dell'istituto della *kafalah* nel nostro ordinamento, istituto solidaristico di tendenziale perpetuità previsto dal diritto islamico che -invece- non prevede l'adozione.

La nostra associazione condivide l'impostazione del DDL che dà ingresso nell'ordinamento solo alle situazioni nelle quali la *kafalah* sia stata disposta dalle Autorità straniere e non alla cd. *kafalah* negoziale che si origina nell'accordo tra privati.

Concorda con la considerazione di due diverse tipologie di *kafalah*: 1) la prima relativa a persone di età minore non in stato di abbandono, più assimilabile al nostro istituto interno dell'affidamento familiare (previsto dagli artt. 2-5 della l. 184/1983); 2) la seconda più assimilabile all'adozione in casi particolari (prevista dall'art. 44, lett. d) l. 184/1983), istituto cui ha intanto fatto ricorso la giurisprudenza di merito interna al fine di tutelare la situazione di minorenni in *kafalah* presenti in nuclei familiari nel territorio dello Stato. Ed esprime apprezzamento per la differenziazione di procedimenti, autorità coinvolte, effetti dei provvedimenti.

Nulla da osservare quindi rispetto alla legittimità delle due diverse tipologie di procedimento previste dagli artt. 4 e 5, la cui *ratio* si rinviene per l'intrinseca diversità delle situazioni da normare e, quindi, degli istituti giuridici sostanziali e processuali che a tali situazioni debbono garantire tutela.

1.B Caratteristiche dell'istituto secondo le Sezioni Unite della Cassazione (sent. 17 settembre 2013, n. 21108) che necessitano di considerazione.

La sentenza n. 21108/2013 delle Sezioni Unite della Cassazione è stata depositata il 17 settembre 2013, lo stesso giorno del deposito del disegno di legge di ratifica alla Camera, che quindi non ne ha potuto tenere conto.

Le SS.UU., nell'auspicare proprio la ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996, ribadiscono che in ogni situazione nella quale venga in rilievo l'interesse del minore deve esserne assicurata la prevalenza sugli eventuali interessi confliggenti e che, nell'interpretazione delle norme costituzionalmente orientata e nella doverosa loro produzione nel quadro costituzionale, in ossequio al principio di uguaglianza, debbono essere evitate disparità di trattamento nei confronti dei minori bisognosi cittadini islamici¹.

Le indicazioni delle Sezioni Unite sono di particolare rilevanza anche per delineare il contenuto che ci sembra necessario della normativa di ratifica, nel rispetto dell'istituto di diritto islamico e delle sue caratteristiche nella necessaria sua armonizzazione con il nostro ordinamento.

La *kafalah* si differenzia infatti dagli istituti interni di affidamento ed adozione per alcuni aspetti rilevanti che è opportuno tenere presenti e che possono sintetizzarsi nei seguenti:

- Le SS.UU. della Cassazione ricordano come la *kafalah* sia un istituto di diritto musulmano che –stante il divieto coranico dell'adozione che è recepita in quasi tutti gli ordinamenti di diritto musulmano² –*“e in ossequio al precetto che fa obbligo a ogni buon musulmano di aiutare i bisognosi e in particolare gli orfani –consente a una coppia di coniugi, o anche a una persona singola, di custodire e assistere minori orfani o comunque abbandonati con l'impegno di mantenerli, educarli ed istruirli, come se fossero figli propri fino alla maggiore età, senza che però l'affidato entri a far parte giuridicamente della famiglia che lo accoglie e senza che all'affidatario siano conferiti poteri di rappresentanza o di tutela che rimangono attribuiti alle pubbliche autorità competenti”*.
- Ne deriva che il riconoscimento dell'istituto non può far derivare nel nostro ordinamento effetti identici o analoghi a quelli dell'adozione ma svolge piuttosto la funzione di *“giustificare l'attività di cura materiale ed affettiva del minore, con esclusione di ogni vincolo di natura parentale o anche di sola rappresentanza legale”*.

¹ Nella sentenza n. 21108/2013 le SS.UU. enunciano il seguente principio di diritto “Non può essere rifiutato il nulla osta all'ingresso nel territorio nazionale, per ricongiungimento familiare, richiesto nell'interesse di minore cittadino extracomunitario affidato a cittadino italiano residente in Italia con provvedimento di *kefalah* pronunciato dal giudice straniero nel caso in cui il minore stesso sia a carico o conviva nel paese di provenienza con il cittadino italiano ovvero gravi motivi di salute impongano che debba essere da questi personalmente assistito”.

² Esclusi Tunisia, Somalia ed Indonesia.

- Comunque, sempre le SS.UU della Cassazione affermano che correttamente il minorene affidato in *kafalah* può e deve essere considerato familiare e cioè appartenente alla famiglia nel nostro ordinamento interno, ai sensi, ad esempio, della previsione di cui all'art. 4 del D.P.R. 30 maggio 1989 recante il nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente, secondo il quale “agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora nello stesso Comune”. In questo senso i minorenni affidati fanno parte del nucleo familiare degli affidatari e sono ricompresi nel relativo stato di famiglia.

In definitiva sembra potersi affermare che con la *kafalah* le persone che accolgono il minorene hanno una responsabilità genitoriale piena per quanto riguarda cura, assistenza morale e materiale, relazione affettiva, mantenimento, istruzione ed educazione, ma non hanno la rappresentanza del minorene, che permane nell'autorità straniera. E proprio in relazione a questi concetti si manifestano alcune criticità del DDL 1552.

Partendo dai principi di cui alla citata sentenza della Suprema Corte, di prevalenza dell'interesse del minore, di necessità di assicurare uguaglianza di tutela ai minorenni islamici affidati in *kafalah*, di rispetto delle caratteristiche originarie dell'istituto, che dura tendenzialmente per tutta l'età minore, Cammino formula le seguenti osservazioni, rilevando preliminarmente l'ambiguità del testo normativo all'esame del Senato. Infatti questo:

- Da una parte tenta di introdurre una normativa differenziata rispetto agli istituti interni di affidamento ed adozione, nell'apparente rispetto delle caratteristiche dell'istituto islamico e non sceglie “la via semplice” di prevedere l'affidamento internazionale per i minorenni non in stato di abbandono e l'adozione internazionale per quelli in stato di abbandono;
- Dall'altra, invece, non articola la disciplina in modo da renderla conforme alle caratteristiche della *kafalah*, attribuendo:
 - o non disciplinando se non con un generico richiamo alla situazione del bambino in affidamento, le responsabilità dei *kefalin* nell'ipotesi dei minorenni non in stato di abbandono se non con un generico riferimenti agli affidatari (che però non è corretto in quanto in quel caso ci sono i genitori o un tutore che esercitano la responsabilità genitoriale)
 - o Attribuendo viceversa ai *kefalin* nel caso di minorene in stato di abbandono una responsabilità genitoriale piena quale è quella dei tutori e quindi comprensiva del potere di rappresentanza che, invece, deve restare in capo all'autorità consolare del paese di origine del minorene.

** ** *

Nel riservarci eventuali ulteriori osservazioni a integrazione, esponiamo qui di seguito alcune nostre riflessioni, proposte e suggerimenti.

1) La denominazione dell'istituto

L'istituto è stato denominato “assistenza legale”, locuzione che ha però diverso significato nell'ordinamento interno stando come è noto ad indicare usualmente la difesa tecnica in un procedimento assicurata tramite avvocato ai sensi dell'art. 82 e sgg. c.p.c. In ambito giusminorilista, di assistenza legale parla ad es. l'art. 8 della l. 184/1983 affermandone la necessità nell'ambito del procedimento per la declaratoria di adottabilità per i genitori e il minorene³. Al successivo art.10,

³ L'art. 8 della l. 184/1983, ultimo comma, recita testualmente: “Il procedimento di adottabilità deve svolgersi sin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti, di cui al comma 2 dell'art. 10.” Il successivo art. 10, comma 2, prevede la nomina di un difensore di ufficio.

proprio per assicurare tale assistenza legale, viene prevista la nomina di avvocati di ufficio per i suoi genitori del minore del cui stato di adottabilità si deve decidere o per i parenti entro il IV grado se i genitori manchino.

L'assistenza di cui si occupa il DDL e che viene prestata dai *kefalin* alla persona di età minore è ovviamente più ampia e complessa, rivestendo tutti gli aspetti della cura della persona, della sua assistenza morale e materiale, di responsabilità analoga per certi aspetti (mantenimento, istruzione, educazione, ascolto) ma non identica a quella genitoriale o tutoria ai sensi degli artt. 315 e sgg. come modificati dalla recente Riforma sulla filiazione. Resta infatti esclusa, come indicato dalle SSUU proprio la rappresentanza legale.

Sia in ragione dell'ambiguità tecnica della terminologia utilizzata, sia in ragione della necessità di specificazione della tutela attuata, si propone di:

- Utilizzare in luogo di “assistenza legale”, i termini “assistenza giuridica”; proponendo la relativa sostituzione ove necessaria;
- Integrare la definizione di “assistenza giuridica” con esplicito riferimento alla responsabilità genitoriale disciplinata dalla normativa interna, convenzionale ed europea, per quei compiti che sono propri dei *kefalin*, come esplicitato dalla citata sentenza delle SSUU della Cassazione n. 21108/2013, esclusa la rappresentanza legale. Si è propone quindi la seguente definizione in modifica e integrazione di quella contenuta nell'art. 3 lett. d):
“d) per “assistenza giuridica”, l'assistenza giuridica, morale e materiale, la cura, e l'esercizio di responsabilità analoga a quella genitoriale nell'attuazione dei diritti dei minorenni previsti all'art. 315 bis c.c., esclusi i poteri di rappresentanza che restano in capo dell'Autorità consolare del Paese di origine del minore, tramite kafala o istituto analogo, disposta ai sensi dell'articolo 33 della Convenzione esclusivamente dall'autorità giudiziaria di uno Stato contraente, quando autorizzata dall'autorità centrale ovvero dall'autorità competente italiana ai sensi della presente legge”.

2) La tutela delle persone di età minore non in stato di abbandono in assistenza giuridica che entrano nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 4.

Nell'articolato non viene specificato che le persone o la famiglia che accoglieranno il minore non in stato di abbandono in assistenza giuridica, eserciterà sulla stessa responsabilità analoga a quella genitoriale ai sensi della normativa interna, convenzionale ed europea. Si segnalano qui di seguito le lacune rilevate e le possibili soluzioni individuate:

- è necessario specificare che le persone che accoglieranno il minore in assistenza giuridica avranno su di lui responsabilità analoga a quella genitoriale per quanto riguarda i compiti di cura e di assolvimento dei doveri di mantenimento, educazione e istruzione, al fine di porli in grado anche di compiere tutti i concreti adempimenti giuridici e materiali di cui la cura di un minore si compendia (iscrizione scolastica, scelta del medico, scelte sanitarie, scelte sportive etc.) e di offrire i parametri di riferimento normativi per vigilare da parte delle autorità preposte sulla loro concreta attuazione;
- è necessario specificare che tale responsabilità è riconosciuta *ex lege* a chi accoglie il minore in “assistenza giuridica” dal momento dell'ingresso dello stesso nel territorio italiano, per evitare iati di deficit di tutela;
- è necessario prevedere il minore abbia i diritti e i doveri di cui all'art. 315 bis c.c.
- per quanto concerne l'affidamento o assistenza giuridica di questi minorenni non in stato di abbandono, appare necessario
 - disegnare un procedimento rispettoso dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, prima di tutti il minore e poi anche le persone che aspirano ad accoglierlo; non appare infatti coerente con il dettato costituzionale che in un

procedimento che riguardi diritti fondamentali non siano espressamente coinvolti per legge le parti interessate (e cioè gli aspiranti *kefalin*), che non si preveda che debbano essere sentite, che abbiano facoltà di dedurre, provare, farsi assistere impugnare. Si tratta di diritti fondamentali di un soggetto particolarmente vulnerabile, quale è il minorene privo temporaneamente della sua famiglia, e delle persone che intendono assumersene la responsabilità di curarlo, assisterlo materialmente e moralmente, esercitare su di lui i doveri-diritti sanciti dall'art. 30 della Costituzione nel di lui superiore interesse. Peraltro il procedimento appena abbozzato nel DDL è fortemente intrusivo ed inquisitorio, prevedendo indagini sulle caratteristiche personali dei soggetti che intendono accogliere il minorene in *kafalah*, ma non prevedendone il coinvolgimento, il diritto di dedurre, articolare prove, richiedere e partecipare a quello che è un giudizio a tutti gli effetti i cui esiti andranno ad incidere in modo profondo sui loro diritti e sulla loro esistenza. Si propone quindi di riformulare in parte l'art. 4:

- prevedendo un comma 2 con la previsione della documentazione necessaria attestante una serie di requisiti al fine di evitare elusione della normativa in materia di adozione internazionale e l'applicazione uniforme nel territorio della norma.
 - modificando il procedimento previsto agli attuali commi 2 e 3, che diventerebbero rispettivamente commi 3 e 4, prevedendo il pieno coinvolgimento dei soggetti interessati, le verifiche da compiersi necessariamente da parte del giudice;
 - prevedendo che il giudice verifichi oltre alla disponibilità a favorire il mantenimento delle relazioni del minorene con la famiglia di origine, anche l'idoneità a farlo (lett. b);
 - prevedendo tra i motivi ostativi all'accoglienza del minorene nella famiglia richiedente, oltre all'assenza di condanne per i motivi indicati, anche quella di non doversi procedere per avvenuta prescrizione (lett. c);
 - disciplinando sia la procedura di accoglimento sia quella di rigetto e prevedendo quella allo stato non prevista di non luogo a provvedere perché il minorene è in realtà in stato di abbandono ai fini dell'attivazione della procedura di cui all'art. 5, riformulando l'attuale comma 4 che diverrebbe comma 5;
 - disciplinando il contenuto minimo del decreto circa i contenuti della responsabilità genitoriale da esercitare, dalla quale deve restare esclusa la rappresentanza legale che, come previsto dalle SSUU della Cassazione, che resterà in capo all'Autorità consolare del Paese di provenienza del minorene. Non appare infatti sufficiente il riferimento alla situazione giuridica di quello in affidamento secondo la disciplina dell'affidamento familiare che presuppone il permanere della responsabilità genitoriale nei genitori o nel tutore e le loro indicazioni.
- Si ritiene fonte di possibili equivoci ed abusi che l'accoglienza di un minorene in assistenza possa anche essere attuata da una struttura di accoglienza e si propone conseguentemente l'eliminazione di ogni previsione relativa oppure di prevederne l'eccezionalità, per casi nei quali le condizioni di salute del minorene lo richiedano nel di lui interesse.

- essendo l'istituto tendenzialmente dotato di caratteristica di perpetuità fino alla maggiore età, si ritiene più corretto che, dopo un primo permesso di soggiorno biennale, se permangono le condizioni di legge, il permesso di soggiorno sia concesso fino alla maggiore età.

In ragione della natura di Cammino, di associazione di avvocati attenti ai diritti di difesa delle persone, particolarmente lacunoso ci appare il DDL a proposito del procedimento ex art. 4 del DDL in esame. Nel procedimento camerale ivi previsto si compiono degli accertamenti sulla qualità e l'idoneità di persone (ed eventualmente strutture) che debbono quindi necessariamente essere sentite e coinvolte, con ogni connessa facoltà di legge. Debbono essere messe a conoscenza del procedimento, potervi partecipare, chiedere, articolare, dedurre, concludere e impugnare il provvedimento contrario alle loro istanze, ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost.

E' infatti noto come sia avvertito con particolare sensibilità sia dal ceto forense sia dall'utenza la necessità di normare i procedimenti minorili, al fine di evitare il frazionamento e il moltiplicarsi di prassi applicative anche "distorsive" che ancora si verificano in assenza di espresse garanzie processuali.

Conseguentemente i suggerimenti di cui sopra sono volti:

- al coinvolgimento delle persone o delle strutture interessate, che debbono essere necessariamente sentite, cui deve essere data facoltà di provare il possesso dei requisiti richiesti, che debbono poter reclamare l'eventuale provvedimento di diniego;
 - o alla disciplina in fasi processuali di:
 - previa valutazione della proposta (con integrazione dei requisiti di legge già richiesti);
 - istruttoria;
 - decisoria;
 - impugnativa.

3) La tutela delle persone in stato di abbandono in assistenza giuridica che entrano nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 5.

Per quanto riguarda i minorenni in stato di abbandono, l'opzione di tracciare un percorso simile al percorso adottivo internazionale ci trova concordi per le garanzie connesse. Tuttavia si segnalano alcune criticità relative

- Alla previsione di un permesso di soggiorno rinnovabile di due anni in due anni, che non ha ragione di essere in caso di accoglienza di minori in stato di abbandono, presupposto del loro ingresso e del loro legittimo soggiorno nello Stato e che non è situazione reversibile o modificabile. Motivo per cui il permesso di soggiorno deve durare tendenzialmente fino alla maggiore età.
- Alla mancata previsione della possibile concessione della cittadinanza al compimento della maggiore età ai sensi dell'art. 9, co. 1, lett. b) della l. 12 gennaio 1991, n. 13. Proprio perché si tratta di minorenni in stato di abbandono nel loro paese di origine, che ricevono cure parentali nelle famiglie nelle quali sono inseriti dall'infanzia, che non hanno altre radici in patria, Cammino ritiene che al compimento della maggiore età debba essere loro assicurata la possibilità di richiedere la cittadinanza italiana, anche in ossequio al principio di radicamento più volte espresso dalle Corti Europee. Soluzione analoga è stata adottata dal legislatore francese.
- Alla modifica dell'attribuzione delle funzioni di tutore e protutore alle persone che accolgono il minorenne in assistenza senza prevedere, sintonicamente con quanto indicato dalla citata sentenza delle Sezioni Unite che la rappresentanza restii in capo

all'Autorità consolare del Paese di provenienza.
Non si concorda con la modifica avvenuta alla Camera che ha eliminato la previsione sia che debbano essere coniugi coloro che possono accogliere il minorenne in stato di abbandono sia che debbano essere provvisti di decreto di idoneità ai sensi della normativa sull'adozione internazionale. Un bambino in stato di abbandono necessita di particolari cure da parte di una coppia stabile e la cui motivazione e capacità sono stati valutati con attenzione. Si propone quindi di ripristinare che siano coniugi e che siano provvisti di decreto di idoneità.

4) Altri procedimenti

- L'art. 24 prevede che ogni persona interessata possa richiedere il riconoscimento o il mancato riconoscimento di una misura adottata in un altro Stato contraente. Bisogna prevedere nel DDL l'Autorità giudiziaria competente e il relativo procedimento, come richiesto dalla stessa Convenzione, con l'inserimento della procedura che si propone in un apposito art. 3 bis.
- E' opportuno quindi spostare nell'art. 3 bis, per motivi sistematici, anche le previsioni che riguardano autorità giudiziaria competente e procedimento per i provvedimenti che debbono essere assunti ai sensi degli artt. 6,11 e 12; si propone quindi l'inserimento del seguente art. 3 bis.

Si propone quindi l'inserimento di un art. 3 bis c.c. *ad hoc*.

** ** *

Si rinvia per altre osservazioni a quando sarà successivamente elaborato e che ci si riserva di inviare, ringraziando ancora per l'opportunità offerta e assicurando sempre la disponibilità della nostra Associazione per ogni collaborazione diretta alla migliore tutela dei soggetti vulnerabili e, in particolare, delle persone di età minore.

** ** *

Per quanto concerne il DDL 572 la procedura amministrativa in esso prevista non appare sufficientemente garantista rispetto agli eventuali abusi che l'ingresso di minorenni in *kafalah* potrebbe comportare, motivo per cui si ritiene indispensabile il controllo giurisdizionale.

Cordiali saluti.

CamMiNo-Camera Nazionale Avvocati per la Famiglia e i Minorenni
Il Presidente
Maria Giovanna Ruo



Allegato: griglia con osservazioni e proposte al DDL Atto Senato 1552 della XVII legislatura