



Ratifica della Convenzione dell'Aja del 1996 in materia di responsabilità genitoriale e protezione dei minori

A.C. 1589

Dossier n° 68 - Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale
10 giugno 2014

Informazioni sugli atti di riferimento

| | |
|-------------------------|--|
| A.C. | 1589 |
| Titolo: | Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno |
| Iniziativa: | Governativa |
| Numero di articoli: | 14 |
| Commissioni competenti: | Il Giustizia, III Affari esteri |
| Sede: | referente |
| Stato dell'iter: | In corso di esame in Commissione |

Contenuto

Il disegno di legge si propone la ratifica 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 (**articoli 1 e 2**) e detta norme di adeguamento dell'ordinamento interno ai principi espressi dalla Convenzione, in particolare per dare una veste giuridica a quella sorta di affidamento familiare, previsto come unica misura di protezione del minore in stato di abbandono negli ordinamenti islamici, la c.d. **kafala**.

Nei Paesi che ispirano la propria legislazione ai precetti coranici non esiste rapporto di filiazione diverso dal legame biologico di discendenza che derivi da un rapporto sessuale lecito. La legge islamica, inoltre, vieta l'adozione, in quanto artificioso legame giuridico creato dall'uomo e, come tale, non equiparabile alla procreazione che, invece, è determinata dal volere divino. Per evitare che figli senza genitori restino del tutto sprovvisti di tutela, il diritto islamico prevede un istituto di derivazione dottrinale, tramite il quale è garantita la protezione ai minori orfani, abbandonati o, comunque, privi di un ambiente familiare idoneo alla loro crescita. Per effetto della **kafala** un adulto musulmano (o una coppia di coniugi) ottiene la custodia del minore, in stato di abbandono, che non sia stato possibile affidare alle cure di parenti, nell'ambito della famiglia estesa.

La disciplina dell'istituto assume connotazioni specifiche nei diversi ordinamenti islamici; 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.

Per questo la **Corte di Cassazione**, anche di recente con la sentenza della Sez. I, n. 19450 del 23 settembre 2011, ha affermato che «*Deve essere dichiarata inammissibile la domanda, proposta ai sensi degli artt. 66 e 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218, di riconoscimento in Italia del provvedimento di affidamento in "kafala" di un minore in stato d'abbandono, ad una coppia di coniugi italiana, emessa dal Tribunale di prima istanza di Casablanca (in Marocco), atteso che l'inserimento di un minore straniero, in stato d'abbandono, in una famiglia italiana, può avvenire esclusivamente in applicazione della disciplina dell'adozione internazionale regolata dalle procedure richiamate dagli artt. 29 e 36 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (come modificata dalla legge 31 dicembre 1998, n. 476, di ratifica ed attuazione della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993), con la conseguenza che, in tale ipotesi, non possono essere applicate le norme generali di diritto internazionale privato relative al riconoscimento dei provvedimenti stranieri, ma devono essere applicate le disposizioni speciali in materia di adozione ai sensi dell'art. 41, secondo comma, della legge n. 218 del 1995*».

La giurisprudenza non è peraltro univoca, in quanto se da una parte si registrano pronunce analoghe a quella del 2011, che negano il riconoscimento alla **kafala** nel nostro ordinamento, come ha fatto il **Tribunale di Torino (Sez. IX)**, con la pronuncia del **4 maggio 2007**, dall'altro la stessa Corte di Cassazione, nel 2008 era andata in contrario avviso (**Sezione I, sentenza n. 7472 del 20 marzo 2008**) riconoscendo nella **kafala** di diritto islamico, come disciplinata dalla legislazione del Marocco, il presupposto per il ricongiungimento familiare, ai sensi dell'art. 29,

comma 2, T.U. immigrazione, poiché l'istituto è equiparabile all'affidamento.

La **Convenzione** - che interviene in un ambito già trattato dalla precedente Convenzione dell'Aja del 1961 di cui intende superare alcune difficoltà applicative - è stata firmata dall'Italia il 1° aprile 2003 e **consta di 63 articoli**.

Gli **articoli 1-4 (capitolo I)** ne delineano il **campo di azione**. In particolare, l'**articolo 1** della Convenzione ne individua le finalità, che sono la determinazione dello Stato le cui autorità sono competenti ad adottare le misure volte alla protezione della persona o dei beni del minore; la determinazione della legge applicabile da tali autorità nell'esercizio della loro competenza; la determinazione della legge applicabile alla responsabilità genitoriale; la garanzia del riconoscimento e dell'esecuzione delle misure di protezione del minore in tutti gli Stati contraenti; lo stabilimento, fra le autorità degli Stati contraenti, della cooperazione necessaria alla realizzazione degli obiettivi della Convenzione.

L'**articolo 2** dispone l'applicazione della Convenzione ai minori dal momento della nascita fino al compimento dei 18 anni.

Ai sensi dell'**articolo 3** rientrano nel **campo di applicazione** della Convenzione 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 minore.

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 (**articolo 4**).

Gli **articoli 5-14 (capitolo II)** della Convenzione in esame riguardano la **competenza**.

In particolare l'**articolo 5** individua nelle autorità giudiziarie ed amministrative dello Stato contraente di residenza abituale del minore quelle competenti all'adozione di misure tendenti alla protezione della sua persona e dei suoi beni.

Con gli **articoli 15-22 (capitolo III)** si dettano disposizioni in materia di **legge applicabile**.

Gli **articoli 23-28 (capitolo IV)** si incentrano su **riconoscimento ed esecuzione**. In particolare con l'**articolo 23** è stabilito che le misure adottate dalle autorità di uno Stato contraente saranno riconosciute di pieno diritto negli altri Stati contraenti. La norma prevede, tuttavia, una serie di ipotesi all'inverarsi delle quali il riconoscimento potrà essere negato.

La **cooperazione** è considerata dagli **articoli 29-39 (capitolo V)**. L'**articolo 29** prevede che ogni Stato contraente designi un'autorità centrale incaricata di adempiere gli 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. Esse, nell'ambito dell'applicazione della Convenzione, adottano le disposizioni idonee a fornire informazioni sulla loro legislazione, nonché sui servizi disponibili nel loro Stato in materia di protezione del minore (**articolo 30**).

Gli **articoli 40-56 (capitolo VI)** recano le **disposizioni generali**.

Gli **articoli 57-63 (capitolo VII)** recano le **clausole finali**.

In particolare, l'**articolo 3** del disegno di legge è dedicato alle definizioni e consente di individuare nel Ministero della Giustizia, Dipartimento per la Giustizia minorile, l'autorità centrale italiana, incaricata di adempiere gli obblighi derivanti dalla Convenzione e di individuare nella Commissione per le adozioni internazionali l'autorità competente italiana. In particolare il disegno di legge attribuisce alla Commissione l'approvazione della proposta di assistenza legale, tramite kafala o istituto analogo, di un minore in stato di abbandono, emessa dall'autorità giudiziaria di altro Stato contraente. Nel corso dell'esame in sede referente, le Commissioni hanno esteso la portata della definizione di "assistenza legale" e hanno aggiunto una nuova disposizione che individua la competenza del tribunale per i minorenni.

Gli articoli 4 e 5 delineano le diverse procedure da seguire per il collocamento in Italia di minori stranieri a seconda che gli stessi si trovino o meno in stato di abbandono. In particolare, l'**articolo 4** delinea la procedura da seguire quando debba essere collocato in Italia un minore straniero che non si trovi in stato di abbandono. La disposizione precisa che questa procedura non si applica ai minori che giungono in Italia nell'ambito di programmi solidaristici di accoglienza temporanea (comma 8). Il disegno di legge delinea il seguente percorso:

- l'autorità competente straniera propone all'autorità centrale italiana (Ministero della Giustizia) il collocamento o l'assistenza legale del minore presso una persona, una famiglia o una struttura di accoglienza in Italia, motivando la proposta e illustrando la situazione del minore (comma 1);
- il Ministero della Giustizia - Dipartimento per la giustizia minorile trasmette gli atti al tribunale per i minorenni. L'autorità giudiziaria competente è individuata in base alla residenza della famiglia o struttura di accoglienza (comma 1); le Commissioni hanno precisato gli atti vadano trasmessi al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni e il procuratore, valutata la regolarità della proposta, presenti ricorso al tribunale stesso;
- Il tribunale per i minorenni può chiedere ulteriori informazioni sul minore, tramite il Ministero, e deve assumere informazioni, tramite i servizi sociali o le ASL, sulle persone o la struttura individuata per l'assistenza (comma 2). In particolare (comma 3), il tribunale dovrà verificare che persone e struttura siano capaci di provvedere all'educazione, all'istruzione e al mantenimento del minore; siano disponibili a favorire il contatto tra il minore e la famiglia e cultura d'origine; rispettino specifici requisiti di onorabilità

e relativi alla normativa sull'immigrazione. Le Commissioni hanno precisato al comma 2 che la documentazione debba attestare anche l'ascolto del minore;

- In esito a tale istruttoria, il tribunale per i minorenni approva o respinge con decreto motivato la proposta, comunicando la decisione al Ministero (comma 2); le Commissioni hanno stabilito che il decreto del tribunale sulla proposta misura di protezione sia reclamabile entro 15 giorni dal p.m. e dagli aspiranti all'assistenza legale;
- Il Ministero trasmette il decreto del tribunale all'autorità competente straniera, all'ufficio consolare italiano all'estero, al giudice tutelare e ai servizi socio-assistenziali e alla questura del luogo in cui si stabilirà il minore, nonché alla persona, famiglia o struttura di accoglienza identificata (comma 4); le Commissioni hanno previsto che in ogni caso il decreto definitivo debba essere comunicato dal tribunale per i minorenni all'autorità centrale italiana;
- l'ufficio consolare italiano nel paese in cui si trova il minore rilascia il visto d'ingresso (comma 5); spetta al Ministero della giustizia dare comunicazione del visto alle competenti autorità straniere;
- il questore rilascia al minore che non sia cittadino dell'Unione europea un permesso di soggiorno (ai sensi dell'art. 5 del TU immigrazione) per assistenza legale, della durata di 2 anni, rinnovabile per periodi di uguale durata se permangono le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio (comma 6);

Il minore che entra in Italia in base a questa procedura può beneficiare di tutti i diritti riconosciuti al minore in affidamento familiare.

L'**articolo 5** disciplina invece l'ipotesi di assistenza legale al minore straniero che si trova nel proprio paese in stato di abbandono ed è consentita a coniugi residenti in Italia rispetto ai quali il tribunale abbia emesso un decreto di idoneità all'adozione e in possesso dei requisiti per l'adozione (le Commissioni hanno previsto che siano necessari i soli requisiti per l'adozione). In tale ipotesi, il procedimento da seguire è il seguente:

- la richiesta degli interessati è presentata alla Commissione per le adozioni internazionali, con indicazione dell'ente o del servizio che li assistono nelle procedure (ai sensi degli articoli 39-bis e 39-ter della legge n. 184/1983); le Commissioni hanno inserito il riferimento agli "aspiranti all'assistenza legale" in luogo degli "interessati";
- la Commissione per le adozioni internazionali inoltra la richiesta all'autorità competente straniera, unitamente alla documentazione comprovante l'idoneità dei richiedenti (comma 3);
- l'ente autorizzato o il servizio pubblico svolgono le attività previste dall'art. 31 della legge sulle adozioni.
- la Commissione per le adozioni internazionali riceve dall'autorità competente straniera la proposta di accoglienza del minore in regime di assistenza legale, unitamente a tutte le informazioni relative allo stato di abbandono del minore, all'impossibilità di un suo collocamento familiare nel paese di provenienza, al consenso degli interessati, alle informazioni sulla situazione personale del minore, le sue necessità particolari e le informazioni che gli sono state fornite tenendo conto dell'età e della maturità personale (comma 5);
- la Commissione decide dunque, sulla scorta di tali informazioni, di approvare o respingere la richiesta di assistenza legale dandone, in caso di esito positivo, comunicazione all'ente autorizzato (o al servizio pubblico), al tribunale per i minorenni e ai servizi sociali (comma 6);
- la stessa Commissione riceve dall'autorità straniera l'autorizzazione al trasferimento permanente del minore in Italia e ne autorizza a sua volta l'ingresso in Italia (dandone comunicazione all'ufficio consolare, al tribunale per i minorenni, al giudice tutelare, all'ente autorizzato e alla questura (comma 8));
- l'ufficio consolare italiano nel paese in cui si trova il minore rilascia il visto d'ingresso (comma 9);
- il questore rilascia al minore che non sia cittadino dell'Unione europea un permesso di soggiorno (ai sensi dell'art. 5 del TU immigrazione) per assistenza legale, della durata di 2 anni, rinnovabile per periodi di uguale durata se permangono le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio (comma 10);
- anche il minore che entra in Italia in base a questa procedura può beneficiare di tutti i diritti riconosciuti al minore in affidamento familiare (comma 11). I servizi sociali assistono il minore e la famiglia che lo accoglie, riferendo periodicamente al tribunale per i minorenni;
- il giudice tutelare conferisce ai coniugi le funzioni di tutore e di protutore e si applicano, ove compatibili, le disposizioni sulla scelta del tutore previste dall'art. 348 del codice civile. Si ricorda che questa disposizione è oggetto di novella da parte dello schema di decreto legislativo di riforma della filiazione (A.G. n. 25), ai sensi della legge n. 219 del 2012.

L'articolo 5 specifica che nelle more della procedura non può esservi alcun contatto tra la famiglia che richiede l'assistenza legale del minore e i genitori del minore o chiunque altro di cui sia necessario il consenso (comma 8). Con previsione di chiusura, infine, la norma in commento aggiunge che si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni sull'ingresso nel territorio nazionale in possesso di visto (art. 33), sulle informazioni di salute (art. 37) e sull'applicazione al minore straniero in stato di abbandono in Italia della nostra normativa su adozione e affidamento (art. 37-bis) previste dalla legge n. 184 del 1983, *Diritto del minore ad una famiglia*.

L'**articolo 6** stabilisce quali disposizioni della normativa in tema di immigrazione possano trovare applicazione in caso di minore presente nel nostro paese per assistenza legale. In particolare, il comma 1 dispone che al minore di Paesi non UE, entrato in Italia in base agli articoli 4 e 5, si applicano le disposizioni

sulla conversione del permesso di soggiorno di cui all'articolo 32 del TU immigrazione. Il comma 2 esclude invece che ai medesimi minori si possano applicare le disposizioni dell'articolo 29, commi 2 e 5, del TU immigrazione, in tema di ricongiungimento familiare. Sul punto dunque il disegno di legge pare discostarsi dai più recenti approdi giurisprudenziali, sopra illustrati, che hanno riconosciuto il ricongiungimento familiare anche utilizzando come presupposto un rapporto di kafalah.

L'**articolo 7** disciplina l'ipotesi in cui il minore che necessita di assistenza legale sia residente in Italia e la sua collocazione debba essere effettuata all'estero, presso una persona, una famiglia o una struttura di accoglienza in un altro Stato contraente. In questo caso l'esigenza di collocamento sarà rilevata dall'autorità giudiziaria italiana che, per il tramite del Ministero della giustizia - Dipartimento per la giustizia minorile, inoltrerà la richiesta e la documentazione all'autorità competente dello Stato estero (comma 1). La stessa autorità centrale italiana, ovvero il Ministero, inoltrerà all'autorità giudiziaria il provvedimento emesso dallo Stato estero (comma 2); l'autorità giudiziaria, adotterà quindi il provvedimento di affidamento del minore (comma 3).

L'**articolo 8** novella le disposizioni penali della legge n. 184 del 1983 al fine di estendere le sanzioni penali – già previste per la violazione della legge in materia di adozione - alle fattispecie commesse in violazione della legge in commento, di ratifica della Convenzione dell'Aja.

L'**articolo 9** novella la legge n. 218 del 1995, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, aggiornando il riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1961, che disciplinava la medesima materia, con quello alla Convenzione dell'Aja del 1996, oggetto di ratifica (art. 42).

L'**articolo 10** riguarda le misure di protezione disposte da Stati non aderenti alla Convenzione, secondo un modello analogo a quello adottato con riguardo alla Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, fatta a L'Aja il 29 maggio 1993 (v. art. 36 della legge n. 184 del 1983, e successive modificazioni). Prevede pertanto che le disposizioni contenute negli articoli 4, 5 e 6 della legge (l'affidamento o l'assistenza legale di un minore non in situazione di abbandono, l'assistenza legale di un minore in stato di abbandono e le norme relative alla conversione, nei casi suddetti, del permesso di soggiorno), si applicheranno, in quanto compatibili, anche alle misure di protezione che comportino il collocamento nel territorio italiano di un minore residente in un Paese non aderente alla Convenzione dell'Aja del 1996, né firmatario di altri accordi bilaterali. Similmente, le disposizioni dell'articolo 7, relative al collocamento all'estero di un minore residente in territorio italiano, si applicheranno – in quanto compatibili - anche qualora il collocamento del minore debba avvenire nel territorio di un Paese non aderente alla Convenzione, né firmatario di accordi bilaterali.

L'**articolo 11** stabilisce che, con regolamenti da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, siano disciplinate le modalità operative per l'attuazione degli articoli 4 e 5. I regolamenti sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con i Ministri degli affari esteri, dell'interno, della giustizia, del lavoro e delle politiche sociali e per l'integrazione.

L'**articolo 12** contiene la clausola di invarianza finanziaria. L'**articolo 13** detta disposizioni transitorie. L'articolo fa salvo in primo luogo quanto previsto dall'articolo 8 della legge n. 218 del 1995. Prevede poi che si applichino ai giudizi instaurati a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di ratifica le disposizioni di modifica dell'articolo 42 della legge n. 218 del 1995 (art. 9, comma 1, lettera b), del disegno di legge), nella parte in cui stabilisce che nel nostro diritto internazionale privato la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sia la fonte regolatrice delle misure di protezione dei minori, con riguardo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento, all'esecuzione e alla cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori. Analogamente, il comma 2 dell'articolo 13 stabilisce che le nuove disposizioni si applicano alle istanze finalizzate all'ingresso di un minore straniero, in affidamento o in assistenza legale, presentate a decorrere dalla data della loro entrata in vigore. L'**articolo 14** reca la clausola di immediata entrata in vigore della legge.

Relazioni allegate o richieste

Il disegno di legge è corredato dalla relazione illustrativa, dalla relazione tecnica e dall'analisi tecnico-normativa.

Rispetto delle competenze legislative costituzionalmente definite

Il disegno di legge interessa le materie "politica estera e rapporti internazionali dello Stato" e "ordinamento civile", entrambe di competenza legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, della Costituzione (rispettivamente: lettere a) e l)).

Attribuzione di poteri normativi

L'articolo 11 del disegno di legge rimette a successivi regolamenti (art. 17, comma 1, legge 400/1988), da adottarsi entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, la disciplina delle specifiche modalità operative relative all'affidamento o assistenza legale del minore non in stato di abbandono (art. 4) e all'assistenza legale del minore in situazione di abbandono (art. 5).