

***Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici:
tra orientalismo e comparazione giuridica***

GIAN MARIA PICCINELLI
Università di Napoli "2"

Sommario:

§1. Introduzione. §2. Il diritto musulmano... §3 ... e il diritto dei paesi islamici. §4. Un nuovo principio di legalità. §5. La *šarī'a* come fonte del diritto statale. §6. La *šarī'a* come fonte del diritto statale.

§1. Introduzione

La percezione che, in *Occidente* (da intendersi come entità generale concettualmente eurocentrica e in antitesi all'*Oriente* come obiettivo gnoseologico della presente *rassegna on-line*), si ha dell'Islàm è spesso colma di luoghi comuni. Antiche e meno antiche tradizioni orali e scritte vengono tramandate continuamente di padre in figlio, ma anche trasmesse di canale televisivo in canale televisivo, di autore in autore, di giornalista in giornalista. Gran parte di queste ovvietà riescono a sopravvivere, senza significative confutazioni, anche agli effetti travolgenti della globalizzazione.

Per i più è naturale che l'Islàm sia un fenomeno solo orientale. Anche nella tradizione scientifica dell'Accademia, l'islamistica è (ed è stata) costantemente annoverata tra le diverse branche dell'orientalismo. Non è certo questa la sede di entrare nel merito delle recenti critiche che molti studiosi, tra i cui nomi spicca quello di EDWARD SAÏD¹, hanno mosso a questa scienza in quanto percepita come una costellazione di false convinzioni che sono lo specchio dell'atteggiamento dell'occidente nei confronti dell'oriente. Pur condividendo la necessità di rivisitare certi risultati degli studi orientalistici che, coerentemente con lo spirito e le idee del tempo in cui sono stati raggiunti, hanno costituito lo strumento del colonialismo e del neo-colonialismo del ventesimo secolo, non si può negare il ruolo essenziale e indispensabile di questi studi nel mettere in comunicazione due mondi e innumerevoli culture e tradizioni².

La questione qui da sollevare è, piuttosto, se l'indicata attribuzione di competenze abbia valore universale ovvero appaiano oggi alcune specializzazioni –

¹ Del suo *Orientalismo*, apparso nel 1978, l'ultima edizione italiana è pubblicata a Milano nel 2002.

² Al di là delle spinte, comunque ideologiche, che animano anche l'anti-orientalismo contemporaneo, è utile rileggere FRANCESCO GABRIELI che ha vissuto personalmente insieme agli altri grandi orientalisti italiani, da CARLO ALFONSO NALLINO ad ALESSANDRO BAUSANI, e che ha raccolto i propri ricordi in *Orientalisti del Novecento*, «Istituto per l'Oriente C. A. Nallino», Roma 1993. È significativo per me riportare le righe centrali della sua prefazione: «La mia esperienza di questa ventina di orientalisti e di tanti altri con loro, non è precisamente quella di studiosi mezzo imbecilli e mezzo imbroglioni, quali talvolta sono stati raffigurati: ma uomini che sentirono profondamente il fascino dei paesi e delle civiltà d'Oriente, e al loro studio scientifico consacrarono la vita, senza rinnegare per questo la loro origine e fede di occidentali».

come quella giuridica – che richiedono competenze metodologiche integrate per l'analisi delle tematiche di loro pertinenza. I grandi cambiamenti nelle prospettive geo-politiche globali che sono intervenuti al tramonto del trascorso millennio e che continuano a caratterizzare l'alba del nuovo, tuttavia, inducono a chiedersi se la distinzione tra oriente ed occidente, dal punto di vista degli studi islamici, sia funzionale alla esatta comprensione del *sistema Islàm* nella sua interezza e nella sua complessità.

La distinzione epistemologica tra *Oriente ed Occidente*, infatti, ha tradizionalmente avuto come scopo di mantenere questi due mondi non comunicanti e non comparabili tra loro. Essa, nel passato, ha risposto ad un'esigenza profonda di autonomia della educazione e delle ricerche in settori che richiedono peculiari e specialistiche competenze scientifiche e metodologiche.

A livello più superficiale è facile rinvenire il fondamento geografico della distinzione, giacché gran parte delle terre in cui vivono i musulmani (e la maggior parte dei musulmani vivono in terre che) si trovano ad oriente del Mediterraneo il quale, nella percezione europea, è da considerarsi l'epicentro delle variabili geografie culturali globali. Anche se, in questo senso, non possiamo non rilevare il paradosso geografico del Marocco, occidentale (*magreb*) dell'Islàm, che sulle mappe supera a "occidente" la Spagna e il Portogallo, estremo occidente d'Europa.

Il principale interrogativo circa l'attualità di queste posizioni – anche se non è questo il luogo per una risposta diretta ed esauriente – deriva dalla considerazione degli effetti dei processi di globalizzazione (da intendersi in senso ampio come un nuovo metodo di confronto tra culture locali a livello globale, a seguito della interconnessione dei fattori e degli strumenti economici). È, infatti, da considerare come la velocità – non solo tecnologica, ma anche relazionale – dei moderni processi di comunicazione e di integrazione rende critico il tentativo di definire in modo assoluto la demarcazione tra oriente e occidente, essendo virtuale qualsiasi punto cardinale adottato per orientare fenomeni socio-culturali geo-politicamente rilevanti.

Tradizionale corollario è l'asserzione del diverso grado di vivacità e dinamicità culturale che, nella storia, hanno caratterizzato il mondo islamico e il mondo europeo i cui rispettivi *livelli di civiltà* si sono progressivamente invertiti dal medioevo all'era contemporanea.

Queste evoluzioni, non sempre immediatamente percettibili né dall'interno né dall'esterno di un dato sistema, sono in realtà una costante nella storia delle società. Se prendiamo a paradigma il Mediterraneo e il fondamento religioso e politico-religioso delle civiltà che ne rappresentano l'anima più recente, possiamo leggere grandi momenti di sintesi: innanzitutto la sintesi post-costantiniana dell'unità dell'impero (e del *mare nostrum*) attorno alla accettazione del credo cristiano e, poi, la sintesi dei califfati ommaiade ed abbaside del *mare di mezzo* islamico.

La conquista crociata di Gerusalemme ha avuto un impatto simbolico impressionante per l'occidente cristiano, mentre con la conquista musulmana di Costantinopoli si è avuta nell'Islàm la coscienza di realizzare un tempo messianico (la conquista di Costantinopoli e poi quella di Roma annunciano la fine dei tempi e il giungere dell'ora del giudizio). Tuttavia, mentre la forza che deriva da questi momenti per una parte costituisce l'autoconferma identitaria della propria superiorità, la delusione identitaria dell'altra parte preannuncia una nuova e diversa

sintesi. Dopo il movimento di conquista coloniale ad opera delle potenze europee, oggi è il mondo islamico che appare in fase di chiara riscossa identitaria, dalle connotazioni estremamente variegata e complesse a cui contribuiscono, in modo rilevante, sia i rapporti internazionali tra stati, sia la realtà interna di fatto multi-etnica e multiculturali delle società occidentali contemporanee.

L'Occidente, che si afferma "laico", è incerto sull'opzione da seguire. Da un lato, infatti, si sta diffondendo la coscienza che soltanto un serio atteggiamento di dialogo può estinguere la tentazione fatalista di intravedere, in questo alternarsi di sintesi storiche, l'inarrestabile e inesorabile movimento di un pendolo.

D'altra parte continuano a serpeggiare presunzioni circa la superiorità della civiltà europeo-occidentale rispetto alle altre culture. La *questione di civiltà*, in particolare nei confronti del *sistema Islàm*, si confonde con le accuse di integralismo e di immobilismo culturale. Infatti, l'integrale dipendenza di ogni aspetto dell'esistenza dal dettato religioso che apparentemente contraddistingue l'Islàm, sarebbe l'ostacolo fondamentale ad ogni tentativo di emancipazione ed evoluzione della società e della cultura musulmana.

Il diritto dell'Islàm è uno degli esempi più ricorrenti tra coloro che sostengono queste posizioni. E in Occidente non sono molte le voci che si levano per criticare un tale approccio neo-colonialista.

Basti citare la teoria classica del rapporto tra *iğtihād* e *taqlīd*, cioè tra il periodo dell'interpretazione giuridica evolutiva che sarebbe durato all'incirca sino al V sec. dell'Ègira e il susseguente periodo caratterizzato dal pedissequo adeguamento a dottrine già elaborate. Questo secondo periodo – di evidente stagnazione della cultura giuridica islamica, come effetto di una più generale incapacità di evoluzione e di adeguamento dell'Islàm – sarebbe continuato ininterrotto almeno sino ai tempi in cui, tra gli anni trenta e gli anni sessanta del secolo scorso, JOSEPH SCHACHT la rappresentava nei suoi studi sulle origini del diritto musulmano³.

Vi sono qui, da sottolineare, alcune tentazioni colonialistiche. È chiaro, infatti, che la visione di un diritto sclerotizzato e incapace di adeguarsi ai tempi è funzionale all'introduzione dall'esterno di regole, leggi, codici volti a sostituire l'ordinamento preesistente e a rinnovarlo mediante imposizione ad immagine e somiglianza dell'ordinamento dominante.

L'approccio post-colonialista è, invece, da riscontrare in recenti interventi – più o meno dotti – i quali, pur presumendo sempre una superiorità culturale di una parte sull'altra, hanno come obiettivo di evitare un possibile "inquinamento da contatto" tra culture diverse e di preservare l'identità cristiano-europea. In questo senso va compresa la *lectio magistralis* di un brillante, quanto discusso, teologo, quale HANS KÜNG, che, in occasione della *laurea honoris causa* conferitagli dall'Università di Genova, ha con forza ribadito l'impossibilità di dialogare con la cultura islamica il cui pensiero sarebbe immobile dal XV secolo⁴.

Più attenta deve essere l'analisi della visione dell'Islàm come sistema unitario e, pertanto, integralista che viene ribadita per sottolineare come esso, al suo interno, (si presume che) abbia evitato e continui ad evitare di discernere i

³ *The Origins of Mohammedan Jurisprudence*, Oxford 1959 e *Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964, ora anche in italiano *Introduzione al diritto musulmano*, Torino 1995.

⁴ *Il Corriere della Sera*, 12 novembre 2004.

rapporti tra religione e politica, tra morale e diritto, tra privato e pubblico. Certamente, la distinzione tra *ius* e *fas* – elaborata dalla cultura romano-ellenistica – è assente nello sviluppo del pensiero nell'oriente mediterraneo dove ha inizio l'Islàm e dove sarà elaborata l'originale matrice culturale che, sia pur soggetta a successive contaminazioni, caratterizzerà i suoi percorsi di espansione. Percorsi, innanzitutto, mediterranei. Complementari ed essenziali nella formazione dell'identità dell'Europa che nasce sì dal confronto-conflitto islamo-cristiano tra contrastanti espressioni politiche della religione, ma anche dalla profonda continuità dell'essenza dogmatico-culturale monoteista, dalle comunanze filosofico-culturali e dalla vicendevole trasmissione delle scienze.

Identità europea ed islamica si forgiarono reciprocamente attraverso le contrapposte rivendicazioni universalistiche.

È, perciò, da ribadire con ALESSANDRO BAUSANI che l'Islàm non è un fenomeno orientale. Non più di quanto il cristianesimo sia un fenomeno occidentale, anche allorché queste qualificazioni direzionali vogliano intendere soltanto un'antitetica diversità e un'alienità reciproca⁵.

Il processo di immigrazione dei musulmani in occidente ha fatto sì che l'Islàm divenisse la seconda fede religiosa, per numero di fedeli, in tutta Europa. Ciò rende ulteriormente complessa l'analisi della realtà contemporanea dell'Islàm e lo rende ancor meno un fenomeno orientale.

Con riferimento alla formazione degli ordinamenti giuridici musulmani attuali, è da aggiungere che la circolazione dei modelli giuridici europei ha sostanzialmente modificato le forme, le strutture e la sostanza del diritto islamico classico. La nascita degli stati moderni, l'adozione di costituzioni, l'emanazione di leggi e codici ha di fatto emarginato il *fiqh* (la giurisprudenza della dottrina giuridico-religiosa) e ha richiesto una ridefinizione della nozione stessa di *sharī'a* (la Legge rivelata). Ma la nozione restituita da ciascun ordinamento nazionale non è, o almeno non è detto che sia, coincidente con le categorie classiche.

L'applicazione di metodiche gius-comparatistiche alle dinamiche di evoluzione del diritto musulmano e dei sistemi di diritto nazionale dei singoli paesi islamici consente di distinguere attentamente i singoli fenomeni giuridici a livello teorico e a livello operativo, evidenziando le prevalenti linee di tendenza e di risposta alle esigenze della modernità e della globalizzazione.

§2. Il diritto musulmano...

Il diritto musulmano, infatti, si presenta innanzitutto come un sistema di doveri etico-religiosi discendenti direttamente dalla Rivelazione, dalle sue esplicite esortazioni e nei talora ermetici passaggi del linguaggio divino⁶.

Nel Corano sono contenute regole esplicite relative ai rapporti di famiglia, alle successioni, ai contratti, alla proprietà, ai rapporti sociali e di lavoro, alle imposizioni fiscali, alla destinazione dei beni pubblici e all'uso di quelli privati, ecc.: regole che, per la loro origine divina, sono percepite come particolarmente imperative dai musulmani. Nel caso, invece, di regole implicite o di testi oscuri è

⁵ BAUSANI A., *L'Islam*, Milano 1988.

⁶ Sul Corano e il suo contenuto normativo si vedano per tutti CASTRO F., s.v. *Corano*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, IV, Torino 1987, 410-412; ABU-SAHLEH S.A., *Introduction à la lecture juridique du Coran*, in *Revue de Droit International et Droit Comparé* (1988), 76-104.

compito del giurista di scuola interpretare (nel senso di *tafsīr*) e sforzarsi (nel senso di *iğtihād*) per rendere concreta la norma giuridica attraverso il metodo analogico (*qiyās*).

Agli *'ulamā'*, ai periti nelle scienze sacre, quindi, è affidato sin dagli albori dell'Islam il compito di interpretare, estrarre (*istinbāṭ*) nuove regole giuridiche dalla Rivelazione coranica e dalle tradizioni contenute nella *Sunna* del Profeta MUḤAMMAD e dei primi suoi Compagni. I *fuqahā'* (i giurisperiti), con i *mutakallimūn* (i teologi), rappresentano i principali soggetti attivi del sistema giuridico-religioso islamico che solo sotto il profilo epistemologico distingue il *fiqh* dal *kalām*, il diritto dalla teologia: il loro insieme in realtà è la scienza per eccellenza: *al-'ilm*⁷.

Il continuo fondersi e confondersi del precetto etico e della regola giuridica che caratterizza la Rivelazione coranica permane inalterato nella successiva elaborazione dei *fuqahā'* che, se da un lato vengono progressivamente a edificare il *corpus juris* islamico (i *furū' al-fiqh*) attraverso una rigorosa teoria del diritto (gli *uṣūl al-fiqh*, dotati di un metodo autonomo), dall'altro mantengono la tendenza a imporre modelli etici sia a livello individuale, sia a livello sociale⁸.

Il sistema che si è sviluppato su queste basi durante il cd. periodo dell'*iğtihād* e che si è consolidato nel successivo periodo del *taqlīd*, con la sua peculiare dialettica tra teoria e prassi, è giunto pressoché intatto sino al XIX sec. il quale ha visto affermarsi sul *dār al-islām*, ora per prestigio, ora per imposizione, i modelli normativi, nonché organizzativi dei nuovi stati, prodotti dalla cultura giuridica europea.

Il pessimismo circa l'attitudine della, o meglio della tradizione giuridica dell'Islam, a rispondere adeguatamente alle sfide della modernità pervade non solo gli ambienti occidentali ma anche una gran parte dei neo-giuristi "laici" dei paesi musulmani. J. SCHACHT ben rappresenta questa visione profondamente negativa che pervade tutta l'analisi dell'evoluzione del diritto islamico a partire dalla "chiusura" dell'*iğtihād*⁹. Una visione che, anche per la sua autorità, influenza tutta l'islamistica in Occidente sino alla metà degli anni '80 allorché nuovi studi sul

⁷ Cfr. SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, II vol., Roma 1938, 558-559.

⁸ Cfr. a questo proposito SCHACHT J., *Introduzione*, op. cit., 17. Si veda anche JOHANSEN B., *Contingency in Sacred Law. Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh*, Leiden 1998, 36-40 e 172-188. I *fuqahā'* insistono nello stabilire una responsabilità individuale dei musulmani al rispetto dei principi etici, anche là ove per gli stessi giuristi si è presentata la difficoltà di elaborare regole giuridiche realmente coerenti con i rigorosi ideali etico-religiosi.

⁹ In conseguenza della crescente instabilità politica del periodo abbaside e dell'altrettanto crescente esigenza di certezza del diritto e di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, in un periodo variabilmente collocato dagli studiosi tra il IV-X e il VI-XII sec., si riconosce come conclusa l'esperienza dell'*iğtihād* e avviata l'era del *taqlīd*. Non vi è una data certa dell'inizio di questo periodo che diremmo post-formativo. Né, tanto meno, vi è alcuna regola dichiarata in proposito. Secondo alcuni studiosi (N. CALDER e L. WIEDERZOLD), il modo islamico prenderebbe piena coscienza di questa rottura solo molto più tardi, tra il XVIII e il XIX, proprio quando, sotto la pressione dei movimenti modernisti e delle *Tanzimāt* ottomane, da più parti si fa pressante la richiesta di riaprire, innovando e modernizzando, l'esperienza dell'*iğtihād*. SNOUCK-HUGRONJE pare l'unico in Occidente a citare una fonte giuridica araba: IBRAHĪM AL-BAĠŪRĪ (m. 1276 H./1860, quasi suo contemporaneo) che ritiene concluso l'*iğtihād* intorno al 286/900 cioè a cavallo del III-IV sec. H. corrispondente al X sec. della nostra era. Stessa data che, senza indicazione di fonti, è poi confermata autorevolmente da SCHACHT – cfr. *Introduzione*, op. cit., 74 – e, tramite lui, l'espressione "chiusura della porta dell'*iğtihād*", sarà poi recepita dalla maggior parte degli islamisti e dei comparatisti contemporanei (cfr. DAVID R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, III ediz., Padova 1980, 405-406). Con riferimento al contesto sciita, cfr. SCARCIA AMORETTI B., *L'iğtihād: strumento di continuità o di trasformazione*, in *Il rinascimento islamico in Iran*, Roma 1981, 37-46.

periodo del *taqlīd*, e sulla corrispondente dialettica teoria-prassi, hanno messo in luce la vivacità operativa del sistema sciaraitico con riferimento sia al processo ermeneutico ad opera dei *mufṭī*, sia ai tentativi di sistematizzazione e razionalizzazione della precedente dottrina delle scuole. Emerge, infatti, il ruolo di mediazione del *faqīh* tra le esigenze della sua comunità e le rigide regole della *ṣarīʿa*. Si approfondisce la funzione svolta in questa fase dai primi studi, ad opera di giuristi musulmani, per la comparazione tra le dottrine delle diverse scuole (*ihṭilāf al-madāhib*), dei vari giuristi (*ihṭilāf al-fuqahāʾ*) e anche di uno stesso giurista (*ihṭilāf al-aqwāl*)¹⁰.

Ne risulta che il periodo del *taqlīd* è stato fondamentale per la messa a punto degli strumenti razionali di classificazione, sistemazione, condensazione del *fiqh*: il *tahīyr*, il *targīh*, gli studi di terminologia giuridica¹¹, fino alla sistematica dei *muhtaṣar*¹². È proprio questa esperienza di “*legal scaffolding*”¹³, di condensazione e consolidazione del *fiqh* a mettere in risalto il crescente bisogno di *testi* di riferimento nei quali rinvenire il *maṣhūr*, la dottrina prevalente di una scuola, che sembra nel contempo assumere l’aspetto di *manṣūṣ*, identificandosi con “ciò che è scritto nei testi”.

Tuttavia è vero che, storicamente, ci troviamo di fronte un quadro evolutivo del diritto musulmano nel quale si evidenzia chiaramente, al di là degli elementi teorici di spicco, una chiara incertezza operativa relativamente alla regola applicabile e, di conseguenza, relativamente alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive. La cultura giuridica positivista europea del XIX sec., esaltata dal prestigio della codificazione napoleonica e sostenuta dalla pressione colonizzatrice, parve, allora, uno strumento adeguato a favorire la realizzazione dei progetti di riforma della società musulmana (quali, ad es., le *Tanzīmāt* volute dai sultani ottomani).

§3 ... e il diritto dei paesi islamici

La debole reazione della tradizione giuridica islamica di fronte al processo di progressiva acculturazione degli stati musulmani al diritto europeo ha consentito di rafforzare la concezione colonialista per la quale, una volta dichiarata la sclerotizzazione del sistema sciaraitico classico (la cui conoscenza veniva affidata allo studio di etnologi e antropologi orientalisti), era inevitabile la sua “sostituzione” con più moderne regole codificate (affidate allo studio e all’interpretazione di nuovi giuristi laici formati nelle università europee).

La progressiva modernizzazione, che ha preso l’avvio dal settore commerciale (è del 1850 il Codice di commercio ottomano), dopo forti resistenze è giunta a interessare (e intaccare) anche la materia dello statuto personale (la Legge ottomana della famiglia è del 1917) la quale, tuttavia, per le sue radici normative rivelate - e pertanto percepite come immodificabili e particolarmente cogenti -

¹⁰ I risultati delle recenti ricerche giuridico-antropologiche della scuola post-schachtiana sul rapporto tra *igṭihād* e *taqlīd* sono presentati in *Islamic Law and Society*, III, (1996).

¹¹ Ad es. IBN FARḤŪN [m. 799/1396] in margine ad IBN AL-ḤĀGIB [m. 646/1248].

¹² Tra i più classici, è quello del malichita ḤALĪL B. IṢHĀQ [m. 749/1348 o 767/1365] di cui esiste anche una celebre traduzione italiana ad opera di GUIDI I. e SANTILLANA D., *Il “Muhtaṣar” o Sommario del diritto malechita*, 2 voll., Milano 1919. Cfr. FADEL M., *The Social Logic of Taqlīd and the Rise of the Mukhtaṣar*, in *Islamic Law and Society* (1996), 193-233.

¹³ È espressione di WATSON A., *The Nature of the Law*, Edinburgh 1977, 95.

tende a mantenere i contenuti tradizionali. La codificazione porta comunque con sé la necessaria razionalizzazione e sistematizzazione di questa materia, tutt'oggi, ovunque, considerata la roccaforte del diritto musulmano¹⁴.

L'avvio del processo di codificazione e di acculturazione ha, quindi, risposto alle esigenze di certezza e di modernità di gran parte delle comunità islamiche ma, nel contempo, ha portato con sé una profonda alterazione degli equilibri tradizionali.

Il *faqīh* classico aveva di fronte a sé una scienza giuridica, il *fiqh*, in cui egli poteva chiaramente distinguere da un lato gli *uṣūl*, la teoria e il metodo, e dall'altro i *furū'*, le regole materiali.

L'intervento crescente del legislatore con il *qānūn*, la creazione dei tribunali statali che hanno sottratto giurisdizione al giudice islamico, e infine, verso la metà del nostro secolo, l'abolizione definitiva in molti stati delle corti sciaraitiche, sono stati alcuni dei passaggi essenziali del processo di acculturazione il cui effetto principale è stato di disapplicare il *fiqh*, almeno quella parte di esso cd. delle *mu'āmalāt*, cioè dei *negotia*, lasciando agli *uṣūl* il ruolo di teoria di un diritto sempre più teorico. La *ṣarī'a*, formalmente, non è mai stata abrogata, né in quanto diritto divino essa sarebbe abrogabile.

L'acculturazione modifica la nozione stessa di "diritto" e rende più complessa la percezione sociale del "giuridico". Il diritto prodotto dalla giurisprudenza dei dotti, teoricamente onnicomprensivo di ogni aspetto personale e sociale della vita umana, inclusi gli atti di culto, è sostituito dal diritto di produzione statale, formalmente laico. Il nuovo giurista che se ne occupa non ha più una formazione religiosa propedeutica a quella giuridica. La materia culturale è abbandonata al *faqīh* tradizionale che si ritrova a fare sempre di più il teologo e sempre di meno il giurista. Il nuovo diritto non ha bisogno, nel suo ambito, del giurista-sacerdote. Lo stato procede nella produzione di norme per via autoritativa. Il legislatore pensa le riforme e le mette in pratica: la ricezione dell'esperienza giuridica occidentale è, nelle sue mani, lo strumento della modernizzazione. Una volta abolite le corti della *ṣarī'a*, provvedimento che molti stati adottano iniziando dall'Egitto nel 1956, il giudice applicherà prima di tutto le leggi dello stato. La dialettica tra *siyāsa* e *ṣarī'a*, in precedenza favorevole a quest'ultima, si risolve adesso in favore della *siyāsa* e del *qānūn*¹⁵.

Vi sono già qui gli elementi sufficienti per poter affermare che la soluzione di continuità tra la tradizione giuridica musulmana e il contemporaneo diritto dei paesi islamici è insanabile e, probabilmente, irreversibile¹⁶.

Al giorno d'oggi, il diritto dei paesi islamici non è, o almeno non è solo, il diritto musulmano la cui tradizione persiste più ampiamente in alcune aree (Arabia Saudita, Iran, Pakistan, Sudan, Afghanistan, ecc.), comunque sostenuta da moderni strumenti legislativi. Altrove la progressiva laicizzazione del sistema e la modernizzazione delle singole materie hanno portato con sé una più o meno ampia

¹⁴ Cfr. in generale ALUFFI R., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milano 1990.

¹⁵ Cfr. CASTRO F., *Sistema sciaraitico, siyāsa ṣar'iyya e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei paesi del Vicino Oriente*, in *Il mondo islamico tra integrazione e acculturazione*, Roma 1981, 165-182.

¹⁶ Cfr. CASTRO F., *La codificazione del diritto privato nei paesi arabi contemporanei*, in *Rivista di diritto civile*, I parte, (1985), 387-447.

attenuazione degli elementi normativi tradizionali che residuano, in alcuni casi, soltanto al livello di fonti sussidiarie di cognizione.

L'occhio attento del giurista comparatista, da questo punto di vista, è rivolto a verificare la permanenza, la resistenza, la dissociazione e la circolazione dei singoli formanti che compongono i singoli ordinamenti giuridici positivi. Laddove, invece, il giurista municipale è più propenso a sottolineare, a livello declamatorio, gli elementi di omogeneità del sistema e di continuità teorica tra norme.

§4. Un nuovo principio di legalità

L'acculturazione, attraverso la recezione di modelli normativi di organizzazione dello stato moderno, pone in contrapposizione lo stato islamico tradizionale, con i suoi canoni feudali diffusi collegati alla sostanziale sacralizzazione del potere costituito, e lo stato moderno a tradizione islamica. Se il conflitto tra i due modelli di stato, a livello teorico, appare radicale, molteplici soluzioni conciliative si riscontrano nella prassi costituzionale dei paesi islamici.

L'Iran, nel 1979, ha avviato per primo la costituzionalizzazione dello stato islamico, creando un modello di "democrazia islamica" estremamente interessante soprattutto per lo studio degli strumenti di partecipazione pubblica e di sindacato islamico sull'attività legislativa e amministrativa¹⁷.

Gli stati musulmani dell'area mediterranea, dopo aver conseguito la loro indipendenza, hanno continuato ad attingere all'esperienza costituzionale europea e ai locali sistemi compiuti di istituzioni, modellati sulle ideologie liberali e socialiste. La profonda diversità dei presupposti che caratterizzano tali nuovi ordinamenti, rispetto a quelli in cui le istituzioni prese a modello operano, non hanno impedito ai diversi costituenti di adattare queste soluzioni istituzionali, già ampiamente collaudate, al proprio contesto ideologico e culturale.

L'eterogeneità dei risultati del processo di adattamento può essere analizzata attraverso i due principi astratti e generali che stanno alla base del moderno costituzionalismo: il principio di legalità, da un lato, e il principio di democrazia o di sovranità popolare dall'altro.

Il principio di legalità richiede che l'esercizio del potere politico nel complesso e in ogni parte di qualsiasi sistema di cooperazione politica, sociale ed economica a legittimazione costituzionale debba essere esercitato in conformità e attraverso un sistema generale di principi, regole e procedure. La "costituzione" diviene la chiave di volta essenziale in questo sistema di principi, regole e procedure che sostiene la coerenza delle altre leggi, delle istituzioni e degli organi amministrativi. In un senso più ampio la "costituzione" è essa stessa il sistema di principi, regole e procedure, operante da filtro verso altri sistemi di principi, esterni e metapositivi, che influiscono direttamente sul fondamento ideologico-culturale che sta alla base delle azioni del legislatore, del governo, dei giudici e dei cittadini.

Il principio di democrazia o sovranità popolare – caratterizzante la democrazia secondo il modello occidentale – richiede che, pur essendo i cittadini soggetti al sistema costituzionale, essi o i loro rappresentanti possano imporsi sul

¹⁷ Sulle evoluzioni costituzionali in Iran, si veda in generale il volume curato da ESPOSITO J. L. – RAMAZANI R.K. (eds.), *Iran at the Crossroads*, New York 2001; inoltre: SCHIRAZI A., *The Constitution of Iran: Politics and the State in the Islamic Republic*, (John O'Kane trans.), London 1997.

sistema generale in modo da aver diritto di parola sui principi, le regole e le procedure attraverso l'esercizio di pratiche pubbliche di dibattito e deliberazione.

Diverso è il fondamento su cui poggia, nella sostanza, la democrazia secondo il modello di ispirazione islamica. Secondo la dottrina giuridica classica, alla ricerca di un'immagine virtuale che potesse rendere i fondamenti teorici dello stato islamico, ogni azione politica si poggia sul principio della *wilāya*, della delegazione di autorità da parte di Dio che è sede della sovranità assoluta e da cui ogni forma di autorità discende¹⁸

Se Dio, l'Unico, ha rivelato la Sua Via, la *šarī'a*, allora ogni uomo, sovrano o suddito, a qualunque titolo eserciti un'autorità, per potersi legittimamente considerare membro della Comunità fondata da Muhammad, deve sottomettere tutte le sue azioni a quell'unica Legge divina.

L'unica e assoluta sovranità di Dio (*lā ḥukm illa li-Allah*) non richiede, infatti, di sacrificare la coerenza all'unità politica, ma, viceversa, di dare innanzitutto coerenza all'azione politica, secondo le regole fissate nella *šarī'a*. Il termine *wilāya*, d'altronde, richiama esplicitamente l'istituto della rappresentanza con cui sovente, anche graficamente, si confonde: come il rappresentante non può eccedere i limiti fissati dal rappresentato e non può agire se non nell'interesse di quest'ultimo, così è del rapporto tra Dio e l'autorità da Egli stesso costituita.

Per ABDUL A'LĀ MAWDŪDĪ¹⁹ dalla *wilāya* discende il principio della *ḥilāfa* in base al quale ogni uomo deve obbedienza esclusivamente alla legge divina e a colui che Dio ha investito quale capo della comunità.

Non manca, tuttavia, all'opposto, chi tenta di leggere nella storia dell'islam l'esistenza di principi che potrebbero svolgere una funzione primaria nella costruzione di un modello islamico di democrazia.

Tra gli studiosi occidentali, ESPOSITO e VOLL²⁰ intravedono nella *šūrā* o mutua consultazione, nell'*iǧmā'* o consenso e nell'*iǧtihād* o procedimento ermeneutico, tre istituti essenziali allo sviluppo di una nozione di democrazia nell'Islām. La rilettura dei passi coranici che stanno a fondamento di questi istituti potrebbe liberare il campo dagli equivoci della storia e consentire una contestualizzazione critica attraverso la quale inserire alcuni elementi primari per la costruzione di un principio di sovranità popolare e diffusa.

Il ritorno all'ideale coranico della *šūrā* è stato evidenziato di recente in numerosi paesi islamici con riferimento anche al dibattito sulla necessità di riaprire l'*iǧtihād*.

La formazione delle assemblee parlamentari nei paesi musulmani consente di immaginare un trasferimento del potere dell'*iǧtihād* dal *faqīh* tradizionale, che operava individualmente, al nuovo *faqīh* collegiale (i parlamenti) con la possibilità di realizzare forme di *iǧmā'* sincronico e assembleare, peraltro ritenuto riprovevole

¹⁸ È significativa, in questo senso, la sintesi operata da IBN TAYMIYYA, *Il buon governo dell'islam*, (introduzione e traduzione a cura di G. M. PICCINELLI), Bologna 2002. In generale, anche COTRAN E. - SHERIF A. O., (eds.), *Democracy, the Rule of Law, and Islam*, London-The Hague-Boston 1999.

¹⁹ *The Political Framework of Islam*, trans. A. S. KHAN & K. AHMAD, Islamic Foundation, Leicester 1996 (reprint), disponibile anche in internet alla pagina: <http://www.jamaat.org/islam/HumanRightsPolitical.html>.

²⁰ ESPOSITO J. L. – VOLL J. O., *Islam and Democracy*, New York-Oxford 1996, 27: «like many concepts in Western political tradition, these terms have not always been identified with democratic institutions and have a variety of usages in contemporary Muslim discourse. However, regardless of other contexts and usages, these terms are central to the debates and discussions regarding democratizations in Muslim societies». Anche: LEWIS B., *Islam and Liberal Democracy. A Historical Overview*, in *Journal of Democracy* 2 (1996), 52-63.

in passato. La differenza non risiede solo nel diverso procedimento, ma anche nel coinvolgimento di giuristi “laici”, che cioè non abbiano la formazione giuridico-teologica richiesta ai *fuqahā*’ del passato, ma che parimenti, anche se collegialmente, sono chiamati a produrre norme e/o a interpretare.

È interessante notare come questa tendenza democratica non stia crescendo solo nei segmenti più laici della popolazione islamica, ma anche all’interno di gruppi radicali che richiedono un ritorno allo spirito autentico del Corano²¹. Gli islamisti in Pakistan, Bangladesh, Malesia, Indonesia, Iran, Egitto, Giordania, Algeria, Tunisia, Marocco, ecc. hanno oramai accettato la legittimità, su base islamica, delle elezioni popolari a suffragio universale, del processo elettorale, del multipartitismo e, più importante, della legittimazione dei rappresentanti del popolo eletti.

In molti paesi e all’interno di gruppi islamici moderati non è l’esistenza, ma l’estensione della sovranità popolare ad essere discussa. Secondo alcuni osservatori²², l’esigenza di trovare una via di conciliazione tra i principi della tradizione islamica e le richieste della modernità è più viva all’interno di quei gruppi moderati per i quali il conflitto tra i due opposti integralismi, laico e religioso, penalizza fortemente lo sviluppo delle società musulmane. A causa dei mutamenti economici, tecnologici e ambientali in atto per il processo di globalizzazione, è necessario che la *šarī’a* compia un passo in avanti – e non indietro come vorrebbero certi movimenti radicali salafiti – al fine di trasformare i principi fondamentali dell’islam nella pietra angolare nella costruzione di società islamiche moderne²³.

Al di là di queste considerazioni di carattere generale, il costituzionalismo arabo-islamico negli attuali stati mediterranei è fortemente debitore del costituzionalismo classico europeo dal quale sono stati importati principi (e relative nozioni) quali sovranità nazionale, democrazia rappresentativa, forma di governo parlamentare, semipresidenziale e presidenziale, garanzie dei diritti individuali e collettivi, tutela dei diritti dell’uomo. Lo stesso concetto di cittadinanza è acculturato e funzionale al principio di applicazione territoriale del diritto: per l’islam esso è sconosciuto e, di per sé, irrilevante essendo l’umanità distinta sulla base della fede religiosa (credenti, *ḍimmī* e infedeli) e non in base a confini geografici.

§6. *La šarī’a come fonte del diritto statale*

Elemento comune alle costituzioni a ispirazione islamica, salvo rare eccezioni, è il riferimento alla *šarī’a* quale fonte ispiratrice del legislatore. Le soluzioni che rinveniamo sono principalmente due: la *šarī’a* come fonte principale ovvero come una delle fonti della legislazione. Il profilo formale di queste declamazioni costituzionali dovrebbe avere come diretta conseguenza l’attuazione

²¹ Cfr. AHMAD M., *Islam and Democracy: The Emerging Consensus*, 2002,

[in internet sul sito:

<http://www.islamonline.net/english/Contemporary/2002/05/Article15.shtml>].

²² MCDANIEL C., *Islam and the Global Society: A Religious Approach to Modernity*, in *Brigham Young University Law Review* (2003), 507-540, praesertim 526-527.

²³ Sulle questioni connesse con la globalizzazione, si veda la raccolta di testi a cura di ZANELLI P., *Gli arabi e la globalizzazione*, (Centro Interdisciplinare di Studi sul Mondo Islamico, Università di Roma “Tor Vergata”) Roma 2004.

del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi su base sciaraitica. L'ampio dibattito in corso nel mondo arabo-islamico denota sia la delicatezza della questione sotto l'aspetto politico, sia l'incertezza della giurisprudenza circa la definizione della nozione di *šarī'a* negli stati contemporanei nei quali, con il processo di acculturazione e di codificazione, si è oramai attuata in modo irreversibile l'inversione degli effetti della dialettica tra "diritto di Dio" e "diritto del principe", tra *šarī'a* e *qānūn*²⁴. Mentre, storicamente, la *šarī'a* ha preteso di essere posta e rispettata a un livello gerarchicamente superiore rispetto a qualsiasi regola emanata dall'autorità politica, nel momento presente la legislazione positiva ha sottratto alla *šarī'a* forza e cogenza nell'ambito della giurisdizione temporale dello stato, limitandola sempre di più a norma morale, etico-religiosa, regola di coscienza, priva di organi giurisdizionali competenti per la sua diretta applicazione. L'eventuale – e solo eventuale – rinvio alle norme del sistema *šarī'a/fiqh* è opera del legislatore statale. Questi stabilisce i casi e i limiti del rinvio. Quel sistema non si afferma più in quanto sistema di norme discendente dalla Rivelazione, e, quindi, immutabile nei suoi fondamenti, anche se mutevole resta l'interpretazione affidata ai giurisperiti, ma è il legislatore che, di volta in volta, gli concede o sottrae spazio.

La previsione della *šarī'a* a livello costituzionale consente di immaginare l'esistenza di una sfera metapositiva di principi e valori che diviene, quando necessario, la chiave di volta dell'ordinamento giuridico statale²⁵. Il passaggio dal livello formale della declamazione al livello operativo della piena coerenza del dato normativo con i principi sciaraitici è ancora in gran parte da compiere.

Una conferma di quanto si è sin qui delineato ci viene dall'analisi della più recente giurisprudenza costituzionale egiziana. In Egitto, infatti, la riforma nel 1980 dell'art. 2 della Costituzione ha collocato i principi generali della giurisprudenza islamica, cioè la *šarī'a*, al livello di unica fonte della legislazione statale, rafforzando nei gruppi islamisti le aspettative di revisione generale della legislazione egiziana alla luce della *šarī'a*²⁶.

Dopo i primi casi in materia di interessi bancari e legali, tradizionalmente proibiti sulla base del divieto coranico delle usure (*ribā*)²⁷, la Corte ha sviluppato una nuova linea ermeneutica, con un approccio assai flessibile, modernista, volto a contemperare gli opposti interessi delle fazioni islamiche, da un lato, e della salvaguardia della legittimità dell'azione politica del governo, dall'altra, sostanzialmente in linea con le politiche di secolarizzazione in corso nel paese²⁸.

Dal caso del velo, nel 1996, con cui la Corte ha confermato la costituzionalità di un decreto governativo che autorizzava gli insegnanti a

²⁴ Ved. CASTRO F., *Sistema sciaraitico*, op. cit.

²⁵ Ved. BALLANTYNE W.M., *The States of the GCC: Sources of Law, the Shari'a and the extent to which it applies*, in *Arab Law Quarterly* (1986), 3-18 e MALLAT C., *Islam and Public Law: classical and contemporary studies*, London-Dordrecht-Boston 1993; BENNER LOMBARDI C., *Islamic Law as a Source of Constitutional Law in Egypt: The Constitutionalization of the Shari'a in a Modern Arab State*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, (1998), 81-123.

²⁶ Ved. HIRSCHL R., *Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, in *Texas Law Review*, (2004), 1819-1860.

²⁷ In proposito ved. PICCINELLI G. M., *Banche islamiche in contesto non islamico. Materiali e strumenti giuridici*, Roma 1996, 52-53; BALLANTYNE W. M., *Supreme Constitutional Court (Egypt) – Shari'a and Riba*, in *Arab Law Quarterly* (1985), 100-107.

²⁸ Cfr. BOYLE K. – SHERIF A.O., *Human Rights and Democracy: The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London-The Hague-Boston 1996; anche BROWN N. J., *Islamic Constitutionalism in Theory and Practice*, in COTRAN E. – SHERIF A.O. (ed.), *Democracy*, op. cit., 496.

richiedere alle studentesse di non velarsi in classe, anche in presenza di compagni maschi, si è affermata una visione evolutiva delle regole tradizionali del *fiqh* (in quel caso in materia di abbigliamento femminile) sulla base di considerazioni di ordine sociale²⁹.

Di grande interesse sono anche le successive decisioni in tema di diritti delle donne:

- nel 1997 è stato affermato il diritto della moglie al mantenimento anche nel caso in cui essa svolga un'attività lavorativa lecita senza il consenso del marito;
- nel 2000 è stata la volta del diritto a viaggiare senza l'autorizzazione del coniuge, con l'affermazione del diritto alla parità di trattamento (da parte degli organi dello stato, come effetto del nuovo principio di legalità costituzionale fondato sull'uguaglianza) tra uomo e donna;
- nel 2003, è stata dichiarata la legittimità costituzionale della legge n. 1 del 2000 in materia di *khul'* per la quale la moglie può richiedere direttamente al giudice il divorzio dietro rinuncia ai benefici patrimoniali derivanti dallo scioglimento del matrimonio³⁰.

L'evoluzione giurisprudenziale, in questi casi più recenti, ha consentito di chiarire la distinzione tra quella parte della *šarī'a* la cui interpretazione è oggetto di unanime consenso universale di tutta la *umma* (in pratica quasi soltanto le regole in materia di atti di culto o *'ibadāt*) e quella parte sulla quale invece l'interpretazione non è stata univoca nel corso della storia (la stragrande maggioranza delle regole che disciplinano i rapporti intersoggettivi ovvero le *mu'amalāt*).

La conseguenza principale è l'apertura di una *spazio laico di interpretazione della šarī'a* – cioè non fondato su canoni ermeneutici elusivamente giuridico-religiosi – che amplia le tradizionali frontiere dell'*iğtihād*.

Questa estensione della legittimazione all'*iğtihād* dalla classe dei *fuqahā'* religiosi alla giurisprudenza statale, pone il giurista laico – come nuovo *faqīh* – in competizione con il *faqīh* tradizionale nel processo di elaborazione delle regole giuridiche.

In questo senso, giacché è da considerarsi irreversibile il processo che ha portato alla superiorità della legge statale in tutti quei contesti in cui il processo di codificazione è avanzato, lo storico bagaglio di regole che ogni rinvio alla *šarī'a* sottintende può essere considerato espressione del sostrato giuridico, del *commom core* delle società islamiche e della loro tradizione in un'ottica di sostanziale discontinuità rispetto al diritto dei *fuqahā'* classici.

In conclusione, con il grande giurista egiziano AL-SANHŪRĪ, possiamo leggere il profondo mutamento degli ordinamenti giuridici arabo-musulmani quale passaggio volto a rifondare e riformare il diritto musulmano come nuova tradizione giuridica vivente delle società islamiche contemporanee. Proseguire lo studio degli attuali ordinamenti islamici nel contesto dello studio delle trasformazioni

²⁹ VOGEL F. E., *Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality under Article 2: Some Issues of Theory, Practice, and Comparison*, in COTRAN E. – SHERIF A.O. (ed.), *Democracy*, op. cit., 535 ss.; MURRAY J. S., *Techniques of Constitutional Analysis in Egypt and the United States*, in COTRAN E. – SHERIF A. O., (eds.), *The Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights*, London 1997, 337 ss.

³⁰ ARABI O., *The Dawning of the Third Millennium on Shari'a: Egypt's Law no. 1 of 2000, or women may divorce at will*, in *Arab Law Quarterly* (2001), 2-21.

giuridiche globali, attraverso le lenti della moderna comparazione, ma facendo altresì tesoro dei frutti migliori dell'orientalismo, potrà certo contribuire allo sviluppo universale della scienza giuridica³¹.

³¹ Cfr. CASTRO F., *'Abd al-Razzāq Ahmad al-Sanhūrī: primi appunti per una biografia*, in *Studi in onore di F. Gabrieli nel suo LXXX compleanno*, I vol., Roma 1984, 173-210.